

التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

المتوفى سنة ٧٧٦هـ

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

أستاذ الحديث النبوي وعلومه
في كلية الدراسات الإسلامية بسراييفو والأكاديمية الإسلامية بزينيتسا
ومدرس العلوم الشرعية في معهد قطر الديني سابقاً









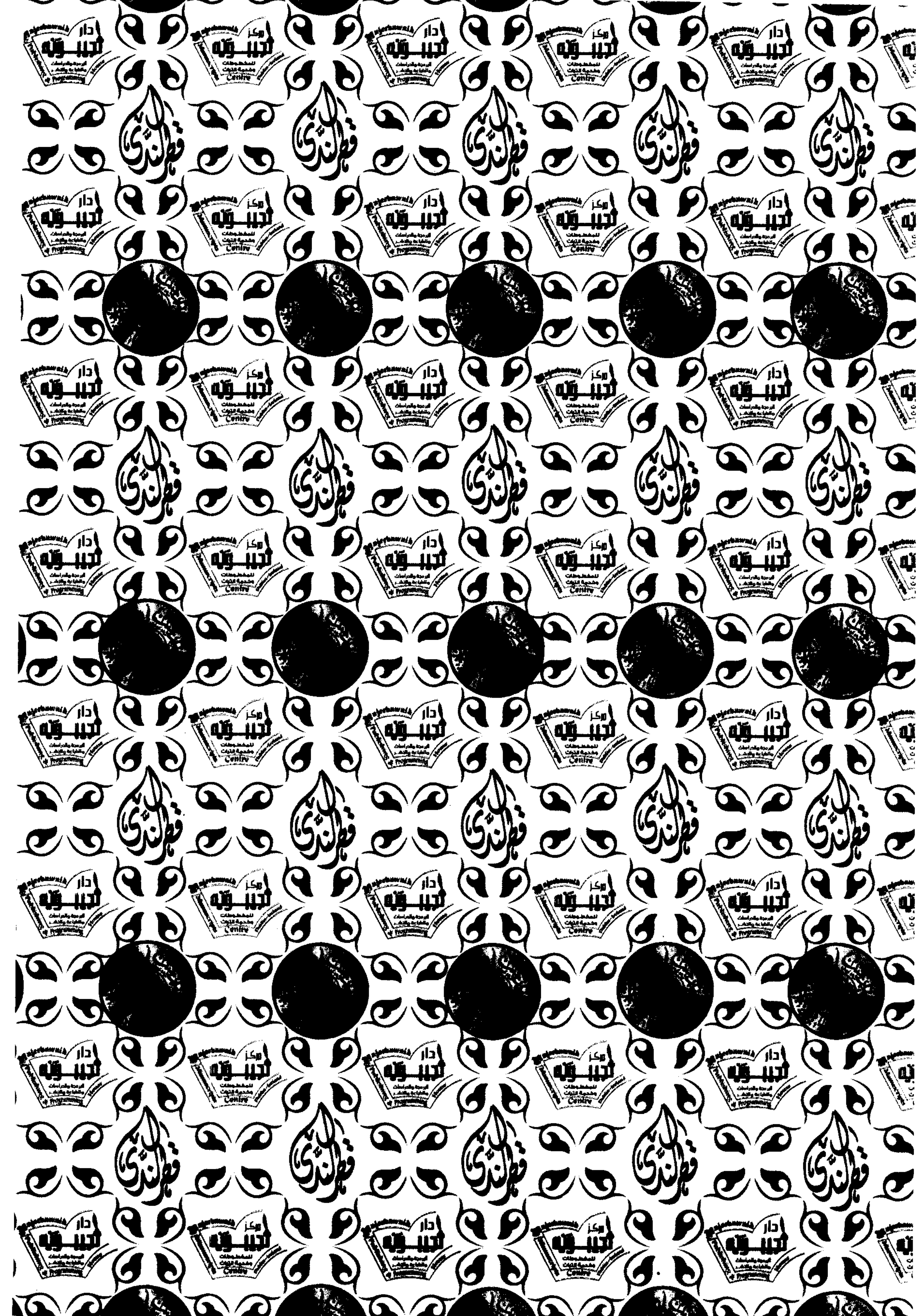
التوضيح

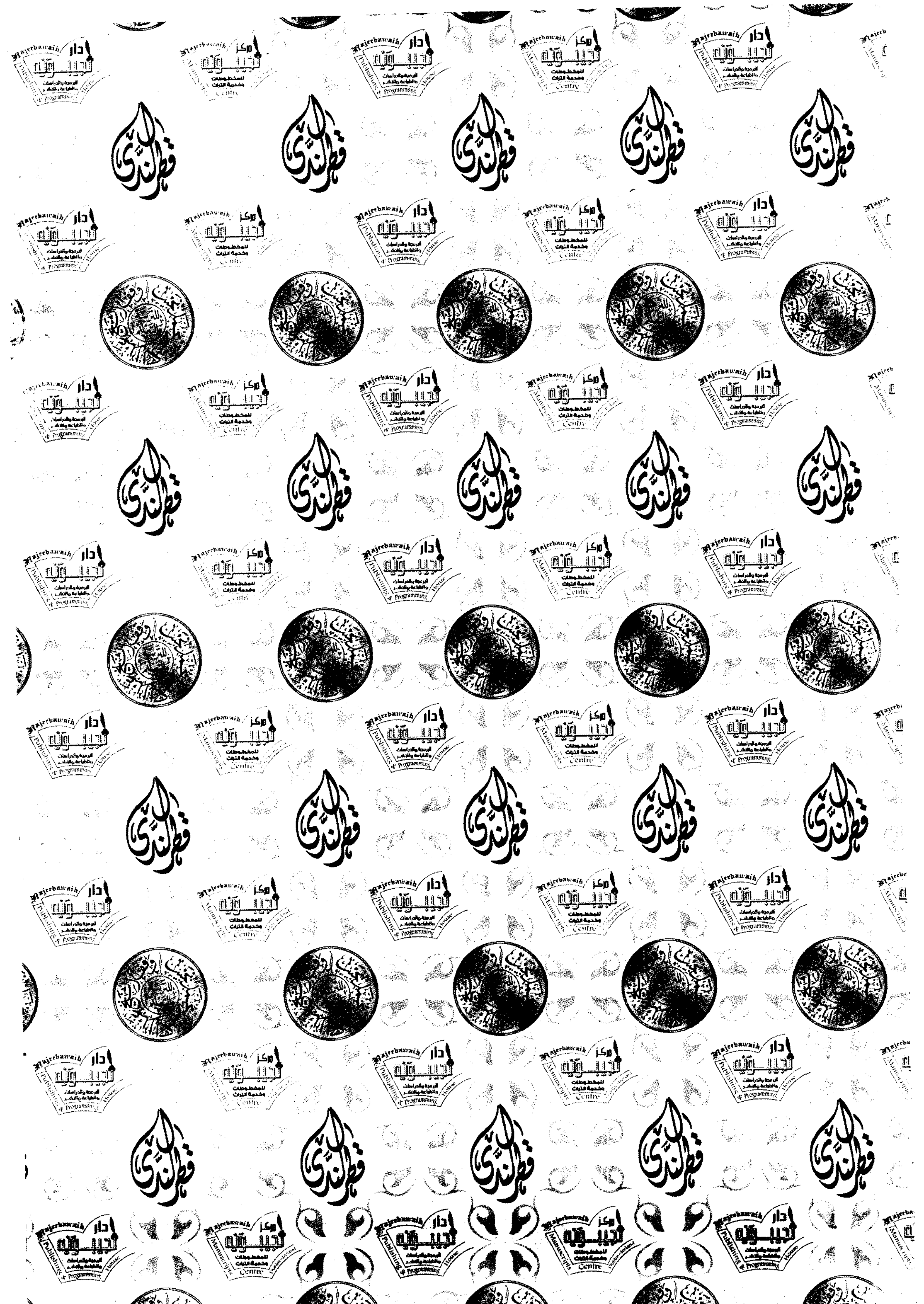
خليل بن إسحاق المالكي

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب




دار نجيبويه
مركز نجيبويه
قطر الندى


دار نجيبويه
مركز نجيبويه
قطر الندى

منشورات
مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث
www.najeebawaih.net
١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

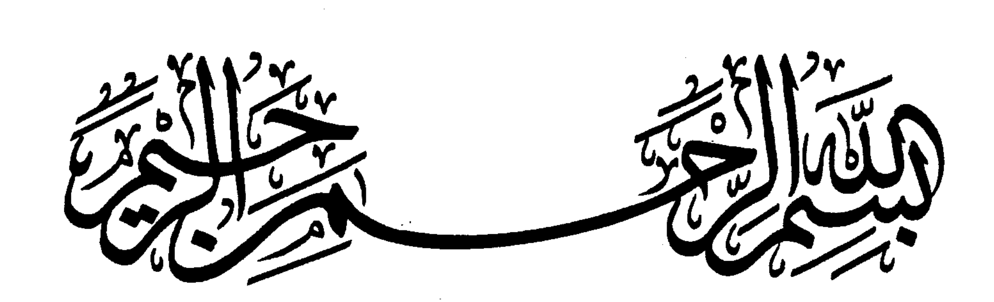
تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي
(المتوفى سنة ٧٧٦ هـ)

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

المجلد الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم

وَهَيْئَتُهُ مِنْ تَقْبِيلُ الْحَجَرِ، وَالتَّرَقِّي، وَالدُّعَاءُ وَالإِسْرَاعُ سُنَنٌ

هذا أيضاً ظاهر. وفي المبسوط لمالك وجوب الدم على من ترك الخبب في السعي ثم رجع عنه.

وَوُقُوعُهُ بَعْدَ طَوَافٍ شَرْطٌ، وَقِيلَ: بَعْدَ طَوَافٍ وَاجِبٍ، وَفِيهَا: يَنْوِي فَرْضِيَّتَهُ وَإِلا أَعَادَ فَإِنْ رَجَعَ وَتَبَاعَدَ وَجَامَعَ أَجْزَأَهُ، وَعَلَيْهِ الدَّمُ، فَإِنْ تَبَاعَدَ فَكَتَبَاعُدِ الرَّكْعَتَيْنِ

يعني: أن مِنْ شَرطِ السعي أن يتقدمه طواف. واختلف هل من شرطه أن يكون واجباً أو يكفي أيَ طواف كان؟ وصَدَّرَ المصنف بأنه يكفي أي طواف كان؛ لقوله في المدونة: فإذا طاف حاج أول دخوله لا ينوي به تطوعاً ولا فريضة لم يجزئه سعيه إلا بعد طواف ينوي به طواف الإفاضة، فإن لم يتباعد رجع فطاف وسعى، فإن فرغ من حجه ثم رجع إلى بلده وتباعد وجامع النساء أجزأه ذلك وعليه دم. والدم في هذا خفيف. انتهى.

فتخفيفه للدم يقتضي أن ذلك ليس بشرط. وقال ابن عبد السلام: وإلى الاشتراط يرجع مذهب المدونة، وهو المنصوص في المذهب. انتهى.

وفيه نظر؛ لأنه لو كان مذهب المدونة الاشتراط للزمه الرجوع؛ إذ الشرط يلزم من عدمه العدم. على أن سنداً اعترض على البراذعي في قوله: ولم ينوِ فرضاً ولا تطوعاً لم يجزئه. وقال: إنما قال في الكتاب: ولم ينوِ حجاً ثم سعى فلا أحب له سعيه إلا بعد طواف ينوي به الفرض، فإن رجع إلى بلده أو جامع رأيته حجاً مجزئاً عنه، وعليه الدم. وعارض التونسي بين هذه المسألة - في كونه جعل عليه الدم - وبين ما إذا طاف للإفاضة على غير وضوء ثم طاف بعده تطوعاً فإنه قال فيها في المدونة: يجزئه طواف التطوع. ولم يقل عليه دم. وليس بينهما فرق في التحقيق؛ أي: لأنه في كلا المسألتين قد وقع تطوع عن واجب؛ لهذا خرج بعضهم قولاً بعدم الإجزاء من قول ابن عبد الحكم فيمن طاف للوداع ثم ذكر

أنه لم يطف للإفاضة، ويمكن أن يجاب عنه بأنه إنما قيل بالإجزاء هناك؛ لأنه لما أتى بالتطوع بعد الواجب كانت نيته أن يكون على أكمل الحالات، فلذلك أجزأه بغير دم بخلاف هذه المسأله والله أعلم.

وقوله: (**فَإِنْ رَجَعَ وَتَبَاعَدَ**) أي: ولم يصل إلى بلده، وإذا وجب بمجرد التباعد فأحرى إذا وصل بلده. وقوله: (**وَجَامَعَ**) ليس هو على معنى الشرط، ويبين لك ذلك كلام سند المتقدم.

وقوله: (**فَإِنْ تَبَاعَدَ فَكَتَبَاعُدِ الرَّكْعَتَيْنِ**) يريد فعليه هدي، وهو مما يبين أن قوله: (**وَجَامَعَ**) ليس شرطاً.

وَإِنْ فَرَّقَهُ تَفْرِيقاً مُتَفَاحِشاً فَفِي ابْتِدَاءِ الطَّوَافِ لَهُ قَوْلانِ وَقَالَ مُحَمَد: إِنْ تَبَاعَدَ أَهْدَى ....

أي: فرق بين أجزاء السعي، وعليه اقتصر ابن راشد وابن هارون وابن عبد السلام ويحتمل أن يريد: فرّق بين السعي وركعتي الطواف، والأول أقرب. انتهى. وفي قوله: (**مُتَفَاحِشاً**) دليل على أنه لو كان غير فاحش لم يؤثر وكذلك قال في المدونة. ولفظها: وإن جلس بين ظهراني سعيه شيئاً خفيفاً فلا شيء عليه. وإن طال فصار كتارك ما كان فيه فليبتدئ ولا يبني. وإن صلى على جنازة قبل أن يفرغ من السعي أو باع أو اشترى أو جلس مع أحد، أو وقف معه يحدثه لم ينبغِ له ذلك، فإن فعل منه شيئاً بنى فيما خف ولم يتطاول وأجزأه. انتهى. وقوله: فصار كتارك ما كان فيه فليبتدئ. **أبومحمد**: يريد الطواف والسعي. **ابن يونس** وغيره: وظاهر قول ابن حبيب أنه يبتدئ السعي [١٨٩/ أ] فقط. وإلى تأويل أبي محمد وقول ابن حبيب أشار المصنف بقوله: (**فَفِي ابْتِدَاءِ الطَّوَافِ لَهُ قَوْلانِ**) وقال أشهب: إن طال جلوسه فلم يستأنف وأتم سعيه فلا شيء عليه. فهذا ما يتعلق بتفريق

أجزاء السعي. وأما تفريق الطواف من السعي فذكر سند أن اتصاله بالطواف سنة، وقال مالك: وإن طاف ليلاً وأخره حتى أصبح أجزأه إن كان بوضوئه، وإن انتقض أعاد الطواف والسعي والحلاق، وإن خرج من مكة أهدى وأجزأه.

الباجي: فإن لم يعد حتى رجع فالظاهر من المذهب أن عليه الدم. وفي الموازية فمن طاف ولم يخرج للصفا حتى طاف سبعاً أو سبعين أحب إليّ أن يعيد الطواف ثم يسعى، فإن لم يعد الطواف رجوت أن يكون في سعة. وقول ابن عبد السلام: إن قول محمد الذي حكاه عن المؤلف إنما يتبين إذا قلنا إنه يعيد الطواف - ليس بظاهر، بل الظاهر أنه مفرع على الإعادة، وانظر هل قول محمد منصوص في مسألة تفريق أجزاء الطواف، أو في تفرقته من السعي؟ فإني لم أتحققه الآن.

فرع:

فإن أقيمت عليه الصلاة وهو في السعي فلا يقطع، بخلاف الطائف؛ لأن الطائف لما كان في المسجد فلو لم يقطع خالف الإمام. قاله مالك في العتبية والموازية.

وَنُهِيَ عَنِ الرُّكُوبِ لِغَيْرِ عُذْرٍ أَشَدَّ النَّهْيِ

أي: نهى مالك، وهو محمول على القادر. قال مالك في الموازية: وإن سعى راكباً من غير عذر أعاد سعيه إن كان قريباً، وإن تباعد ذلك أو طال أجزأه وأهدى. نقله ابن يونس، ونقله الباجي عن ابن القاسم. ونقل ابن راشد عن محمد أنه قال: إن لم يعد أجزأه ولا دم عليه.

فَإِنْ تَرَكَهُ مُحْرِمٌ بِحَجٍّ مِنَ الْحِلِّ غَيْرَ مُرَاهِقٍ وَلا حَائِضٍ وَلا نَاسٍ إِلَى طَوَافِ الإِفَاضَةِ، فَالدَّمُ عَلَى الأَشْهَرِ ....

الضمير في (**تَرَكَهُ**) يعود على السعي. وذكر لوجوب الدم على الأشهر خمسة قيود:

فاحترز بالحج من العمرة، إذ لا إفاضة فيها. فإن قيل: إذا لم يكن فيها إفاضة فلا حاجة إلى الاحتراز عنها؛ لأن قوله: (**إِلَى طَوَافِ الإِفَاضَةِ**) يخرجها. قيل: احترز بذلك مما لو أردف عليه الحج قبل السعي.

وبقوله: (**مِنَ الْحِلِّ**) مما لو أحرم بالحج من الحرم، فإنه لا قدوم عليه. وبـ(**غير المراهق**) من المراهق فإنه معذور في سقوط الطواف عنه. وبقوله: (**وَلا حَائِضٍ**) ممن طرأ عليها الحيض قبل تمام الطواف. وقوله: (**وَلا نَاسٍ**) يريد وفي حكمها المغمى عليه، وهو على قول ابن القاسم الذي يعذر الناسي، والأشهر مذهب المدونة، ومقابله لأشهب في الموازية.

فَإِنْ تَرَكَهُ إِلَى طَوَافِ الْوَدَاعِ فَفِي الإِجْزَاءِ وَيَجِبُ الدَّمُ قَوْلانِ

يعني: فإن تركه من حَصُلَت فيه القيود المذكورة إلى طواف الوداع، وظاهر كلامه أن القولين منصوصان، والذي ذكره اللخمي وتبعه غير واحد أنهما مخرجان من القولين في إجزاء طواف التطوع عن الإفاضة. ولفظ اللخمي: يجزئه عند مالك؛ لأنه يرى أن طواف التطوع في الحج يجزئ عن الواجب، ولا يجزئ عند محمد بن عبد الحكم.

وقول المصنف: (**فَيَجِبُ الدَّمُ**) أي: على القول بالإجزاء. وأما على القول بعدمه فيلزمه الرجوع. **ابن عبد السلام**: وعلى الإجزاء فيحتمل أن يجب الدم بالاتفاق، ويحتمل أن يدخله الخلاف فيمن تركه إلى طواف الإفاضة.

فَإِنْ تَرَكَهُ أَوْ شَوْطاً مِنْهُ فِي حَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ صَحِيحَتَيْنِ أَوْ فَاسِدَتَيْنِ رَجَعَ إِلَيْهِ مِنْ بَلَدِهِ

أي على المشهور كما تقدم. وروى ابن القاسم أنه خففه في ترك الشوط والشوطين ثم رجع فقال: وكذلك الشك. وحكى عبد الحق أن القاضي إسماعيل قال: حُكي عن مالك فيما إذا تركه وتباعد وتطاول الأمر وأصاب النساء أنه يهدي فقط. وحكى ابن عبد البر أنه قال: كان مالك يشدد في السعي بين الصفا والمروة ولم يبلغ فيه الفرض. وقد بلغني أنه ربما لين في ذلك. وقد حكى في الإكمال عن بعض أصحابنا أنه تطوع.

سند: ويجزئ السعي بدون الصعود، ولا يجب إلصاق العقبين بالصفا على المذهب.

ابن المعلى: وبعض الدُّرُجِ مُحْدَثٌ فليحذر أن يخلفها وراءه فلا يتم سعيه، وليصعد ليستيقن، وهو سنة. وقال بعض أصحابنا: يجب أن يرقى بقدر قامته.

وَالْمُسْتَحَبُّ فِيهِ شُرُوطُ الصَّلاةِ

أي: طهارة الحدث والخبث وستر العورة، وأما استقبال القبلة فغير ممكن. واستحب مالك لمن انتقض وضوؤه أن يتوضأ ويبني، فإن لم يتوضأ فلا شيء عليه، وكذلك إن أصابه حقن فإنه يتوضأ ويبني.

وَفِي الْحَجِّ ثَلاثُ خُطَبٍ؛ فِي السَّابِعِ بَعْدَ صَلاةِ الظُّهْرِ وَاحِدَةٌ لا يَجْلِسُ فِي أَثْنَائِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِي يَوْمِ عَرَفَةَ بَعْدَ الزَّوَالِ وَاحِدَةٌ يَجْلِسُ فِي وَسَطِهَا

لا خلاف عندنا أنها ثلاث، **الأولى**: بالمسجد الحرام يوم السابع بعد صلاة الظهر على المشهور. وقال ابن الموز: بعد الزوال. والمشهور أنها واحدة، وذلك مستلزم لعدم الجلوس في أثنائها. وقال ابن حبيب عن مطرف: إنَّ خطب الحج كلها ثنتان يجلس بينهما، فمن رآها واحدة نفى الجلوس، ومن رآها اثنتين أثبته، لا كما هو ظاهر كلام المؤلف أنها واحدة، والخلاف إنما هو في الجلوس.

والثانية: يوم عرفة بعد الزوال. **التونسي**: وقيل: إن [١٨٩/ ب] خطب قبل الزوال أو صلى بعده أجزأه. وفي النوادر عن ابن حبيب: يخطب بعد الزوال أو قبله بيسير بقدر ما يفرغ من الخطبة وقد زالت. **ابن أبي زيد**: وفيه نظر؛ لأن ابن حبيب قال: إذا زالت الشمس فراح إلى مسجد عرفة، وقال هنا: يخطب مقدار أن تزول الشمس بعد الخطبة، وقال: يؤذن إذا جلس الإمام في الخطبة، والأذان لا يجب إلا بعد الزوال فيجزئه.

الباجي: وموضع الخلاف بين أشهب وابن حبيب أن ابن حبيب يرى أن يؤتى بها قبل الزوال، وأشهب يمنع من ذلك ويرى أن يعيدها إلا أن تفوت بفوات الصلاة. قال: وإنما جاز ذلك لأنها ليست للصلاة بل لتعليم الحاج.

واتفقوا على الجلوس في خطبة عرفة.

ابن حبيب: ويفتتح الخطب الثلاث بالتكبير كالأعياد، ويكبر في خلال كل خطبة.

ابن الحاج: ويلبي في أثناء الخطبة الأولى. وحسن أن يفتتحها بالتلبية ولا يلبي في الخطبتين الآخرتين. **البلنسي**: والخطب ثلاثة أقسام: **قسم** ينصت فيه وهو خطبة الجمعة. **وقسم** لا ينصت فيه وهو خطب الحج كلها. **وقسم** اختلف فيه، وهو خطب العيدين والاستسقاء. واستحب مالك الإنصات فيهما.

فرع:

وهل يجلس في أول هذه الخطب؟ حكى الباجي: في الجلوس في أول كل خطبة ما عدا الجمعة قولان.

وَيُؤَذِّنُ الْمُؤَذِّنُ وَهُوَ فِيهَا، وَقِيلَ: بَعْدَ فَرَاغِهَا، وَقِيلَ: سَوَاءٌ، وَقِيلَ: فِي جُلُوسِهِ، فَقِيلَ له: قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ أَوْ قَبْلَ أَنْ يَخْطُبَ؟ فَقَالَ: مَا أَظُنُّهُمْ يَفْعَلُونَ هَذَا ....

الأول حكاه في الإكمال عن مالك. فقال: قال مالك: وأذانه في آخر الخطبة حتى يكون فراغ الإمام من الخطبة مع فراغ المؤذن من الأذان، والقول بأنه بعد الخطبتين لمالك في الصلاة. **الثاني** من المدونة. وقوله: (**قِيلَ: سَوَاءٌ**) أي: إن شاء أذن في الخطبة أو بعد فراغها وهوقوله في الحج الثاني من المدونة.

ابن محرز: قال شيخنا أبو الحسن: معناه: إن شاء أذن في الخطبة الثانية؛ لأنه قد فرغ من تعليمهم في الأولى. وقال صاحب تهذيب الطالب: ما ذكره في الصلاة يريد أنه هو

المستحب، وتخييره في الحج يريد أن ذلك واسع، وليس ذلك باختلاف قول. وعلى هذا ففي تقديم المصنف القول الأول نظر.

وقوله: (**وَقِيلَ: فِي جُلُوسِهِ**) أي: بين الخطبتين، وهوقوله في الواضحة، وحكى في الإكمال خامساً عن مالك أن الأذان قبل الخطبة والإمام على المنبر كالجمعة. وقولهم: (**مَا أَظُنُّهُمْ يَفْعَلُونَ هَذَا**) نحوه في المدونة. **ابن راشد**: يريد الصحابة.

خليل: ويحتمل أن يريد أمراء وقته. **ابن عبد السلام**: اختلف قول مالك في محل الأذان. فقال: والإمام يخطب. وقال أيضاً: إذا مضى صدراً من الخطبة. والأول هو مرادف المؤلف بقوله فيها.

ثُمَّ يُصَلِّي الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمْعاً وَقَصْراً، وَجَمْعُ الإِمَامِ بِعَرَفَةَ وَالْمُزْدَلِفَةِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ لِكُلِّ صَلاةٍ وَفِي الأَذَانِ لِلْعَصْرِ قَوْلانِ ....

قوله: (**جَمْعاً وَقَصْراً**) أي: بعرفة. والقصر سنة، وإلا فليس بمسافة القصر في حق المكي وأهل مزدلفة ونحوهم، وقد تقدمت مسألة الأذان للجمع في باب الأذان بأتم ما ذكره هنا.

وَيُتِمُّ أَهْلُ عَرَفَةَ

لأنهم حاضرون، وضابطه أن أهل كل مكان يتمون به، ويقصرون فيما سواها، فيتم أهل عرفة بعرفة ويقصرون بمنى ومزدلفة. ويتم أهل مزدلفة بها ويقصرون في عرفة ومنى، ويتم أهل منى بها ويقصرون في عرفة ومزدلفة.

وَخُطْبَةُ الْحَادِيَ عَشَرَ بِمِنًى بَعْدَ صَلاةِ الظُّهْرِ كَالأُولَى، وَيُتِمُّ أَهْلُ مِنًى، وَيَذْكُرُ فِي كُلِّ خُطْبَةٍ مَا يَفْعَلُ إِلَى الأُخْرَى ....

قوله: (**كالأولى**) أي: فلا يجلس على المشهور. (**وَيَذْكُرُ فِي كُلِّ خُطْبَةٍ مَا يَفْعَلُ إِلَى الأُخْرَى**) فيذكر في الأولى خروجهم إلى منى وأنهم يُصَلُّونَ بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح، ثم يغدون إذا بزغت الشمس إلى عرفة، ويحرضهم على النزول بنمرة فإنهم يتركون ذلك في زماننا غالباً، ويعلمهم في الثانية وقوفهم ودفعهم ونزولهم بمزدلفة ومبيتهم بها ودفعهم منها بعد أن يُصَّلوا الصبح بها إلى المشعر الحرام، ورمي جمرة العقبة والحلق والنحر والإفاضة. ويعلمهم في الثالثة حكم مبيتهم بمنى وكيفية الرمي وما يلزمهم فيه وما يجوز لهم من التأخير والتعجيل وهذا ظاهر. لكن في دخول الثالثة في كلامه نظر؛ لأن قوله: (**إِلَى الأُخْرَى**)، يقتضي أن بعدها غيرها، والله أعلم.

وَالصَّلَوَاتُ سِرِّيَّةٌ وَلَوْ وَافَقَتْ جُمُعَةً، وَيُصَلِّيهِمَا الْمُنْفَرِدُ أَيْضاً جَمْعاً وَقَصْراً

أي: في يوم عرفة، وأيام منى، وأما من أدركه وقت الجمعة بمكة يوم التروية - من مكي أو غيره ممن أقام بها أربعة أيام - فعليهم أن يصلوا الجمعة قبل أن يخرجوا، قاله مالك في الموازية. **ابن القاسم**: ومعناه: أنه ممن يلزمه إتمام الصلاة.

أصبغ: وأما المسافر فمخير، وأحب إلي أن يصلي الجمعة لفضيلة المسجد الحرام. وقال محمد: أحب إلي خروجه إلى منى. وإنما تكلم مالك على من يقفل حتى يأخذه الوقت. وقيل: إن الرشيد جمع مالكاً وأبا يوسف، فسأل أبو يوسف مالكاً عن إقامة الجمعة بعرفة فقال مالك: لا يجوز؛ لأنه عليه الصلاة [١٩٠/ أ] والسلام وافق الجمعة بعرفة في حجة الوداع ولم يصلها. فقال أبو يوسف: قد صلاها؛ لأنه خطب خطبتين وصلى بعدهما ركعتين. فقال مالك: أجهر فيهما بالقراءة كما يجهر في الجمعة؟ فسكت أبو يوسف وسلم.

قوله: (**وَيُصَلِّيهِما الْمُنْفَرِدُ**) أي: الظهر والعصر يوم عرفة جمعاً وقصراً أيضاً. وهل له الجمع في رحله إذا قدر على الجمع مع الإمام؟ أجازه مالك. وكان ابن القاسم ربما صلى في رحله، وربما صلى مع الإمام. وقال ابن حبيب: لا يترك الجمع مع الإمام ألبتة؛ للسنة.

وَيَخْرُجُ إِلَى مِنًى يَوْمَ التَّرْوِيَةِ وَهُوَ الثَّامِنُ بِمِقْدَارِ مَا يُدْرِكُ بِهَا الظُّهْرَ فَيُصَلِّي الصَّلَوَاتِ لِوَقْتِهَا قَصْراً وَيَبِيتُ بِهَا وَلا دَمَ فِي تَرْكِهِ

سُمي الثامن يوم التروية؛ لأنهم كانوا يعدون الماء له بالروايا. وقيل: لأن قريشاً كانت تحمل الماء للحاج ويسقونهم.

قوله: (**لِوَقْتِهَا**) أي: ولا يجمع. ويسقط الدم في تركه؛ لأن المقصود به تقريب المسافة فقط لا فعل نسك.

ابن حبيب: وإذا مالت الشمس يوم التروية فطف بالبيت سبعاً ثم اخرج إلى منى وأنت تلبي، وإن خرجت قبل ذلك فلا حرج، وإذا خرجت من منى فلا تجاوز محسراً حتى تطلع الشمس على ثبير.

مالك: ويخرجون بقدر ما إذا بلغوا منى صلوا الظهر، وهي السنة ولا أحب التراخي عن ذلك إلا لعذر.

وَكُرِهَ التَّقَدُّمُ إِلَى مِنًى قَبْلَ ذَلِكَ أَوِ التَّقَدُّمُ إِلَى عَرَفَةَ قَبْلَ يَوْمِهَا، وَكَذَلِكَ تُقَدَّمُ الأَبْنِيَةُ خِلافاً لأَشْهَبَ ....

لمخالفة السنة، والإشارة بـ(**ذَلِكَ**) عائدة إلى قوله: (**وَيَخْرُجُ إِلَى مِنًى يَوْمَ التَّرْوِيَةِ**) ولا تعود إلى قوله: (**بِمِقْدَارِ مَا يُدْرِكُ بِهَا الظُّهْرَ**) لأنه نص في المدونة على ذلك، قال فيها: وكره مالك التقدم إلى منى قبل يوم التروية، وإلى عرفة قبل يوم عرفة، وأن يقدم الناس أبنيتهم. انتهى.

وأجاز أشهب في المجموعة تقدم الأبنية. وأجاز ابن المواز للضعيف ومن به علة أو بدابته أن يغدو إلى عرفة قبل طلوع الشمس.

وَيَغْدُو مِنْهَا بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى عَرَفَةَ، ثُمَّ يَقِفُ بِهَا بَعْدَ الْخُطْبَةِ وَالصَّلاةِ

أي: فإذا جاء إلى عرفة نزل بنمرة.

ابن حبيب: وإذا زالت الشمس راح منها إلى مسجد عرفة.

ابن المواز: قال ابن شهاب: ويعجل بالصلاة يوم عرفة. وكذلك قال الباجي وغيره: إنه يستحب أن يصلي الظهر والعصر بإثر الزوال. قاله أشهب وسحنون وابن حبيب. فإذا تمت الصلاة فَخُذْ في التهليل والتكبير والتحميد.

وَوُقُوفُهُ طَاهِراً مُتَوَضِّئاً أَفْضَلُ، وَيَدْعُو إِلَى الْغُرُوبِ، وَالرُّكُوبُ أَفْضَلُ، ثُمَّ الْقِيَامُ، وَلا يَجْلِسُ إِلا لِكَلالٍ ....

أي: طاهر من الجنابة. ولا يريد بقوله يدعو خصوصية، بل يهلل ويكبر كما ذكرنا عن أشهب وسحنون وابن حبيب.

ابن شعبان: ويكثر من ذكر لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير. **ابن حبيب:** وإذا سألت فابسط يديك وإن رهبت واستغفرت وتضرعت فحولهما، ولا تزال كذلك مستقبل القبلة بالخشوع والتواضع والتذلل وكثرة الذكر بالتهليل والتكبير والتحميد والتسبيح والتعظيم والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء لنفسك ولأبويك والاستغفار إلى غروب الشمس.

(**وَالرُّكُوبُ أَفْضَلُ**) لفعله عليه الصلاة والسلام؛ ولأنه يستعين به على مواصلة الدعاء. قالوا مالم يشق الوقوف على الدابة، لنهيه صلى الله عليه وسلم عن اتخاذ ظهور

الدواب كراسي. **والكِلَالُ**: التعب. قال في الموطأ: يقف راكباً إلا أن يكون به أو بدابته علة، فالله أعذر بالعذر.

وَالْوَاجِبُ مِنَ الْوُقُوفِ الرُّكْنِيِّ أَدْنَى حُضُورٍ فِي جُزْءٍ مِنَ اللَّيْلِ وَجُزْءٍ مِنْ عَرَفَةَ حَيْثُ شَاءَ، سِوَى بَطْنِ عُرَنَةَ ....

المراد بالوقوف الطمأنينة بعرفة ولو جالساً. وقوله: (**الرُّكْنِيِّ**) إشارة إلى أن الوقوف نهاراً ليس بركن. ويجبر بالدم على المشهور خلافاً لسحنون. ولذلك أوجب مالك في الموازية الدم على من دفع قبل الغروب، إلا أنه لم يخرج منها إلا بعده، وأسقطه عمن دفع بعده، وقبل الإمام قال: مع الإمام أحب إلي ما لم يتأخر. قال: وإن دفع قبل الغروب، فإن رجع ووقف قبل الفجر أجزأه، ولا هدي عليه. وقال أصبغ: أحب إلينا أن يهدي.

تنبيه:

استقرأ اللخمي من قول يحيى بن عمر في أهل الموسم: ينزل بهم ما نزل بالناس سنة العلوي، وهروبهم عن عرفة قبل أن يتموا الوقوف أنه يجزئهم ولا دم عليهم، عدم ركنية الوقوف ليلاً. وقد يقال: لا يلزم هذا للضرورة الحاصلة هنا. لكن استدل له بما رواه الترمذي وصححه وغيره عن عروة ابن مضرس قال: **أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة حين خرج إلى الصلاة فقلت: يا رسول الله إني جئت من جبل طيئ أَكْلَلْتُ راحلتي وأتعبت نفسي، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه، فهل لي من حج؟** فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى ندفع، وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلاً أو نهاراً، فقد أتم حجه وقضى تفثه**».

ابن عبد البر: أجمعوا أن قوله: «نهاراً» لم يرد به ما قبل الزوال. قال القاضي إسماعيل: ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم: «**نهاراً**» أن الوقوف بالنهار لا يضر، ولم يرد الاقتصار على

النهار. وقال أبو الفرج: فيه حذف معطوف، أي: ليلاً أو نهاراً وليلاً، وسكت عن أن يقول: وليلاً؛ لعلمه مما تقدم من فعله [١٩٠/ ب] فكأنه أراد بالنهار اتصال الليل به. قال: ويحتمل أن تكون أو بمعنى الواو. ورد بأنه كان يلزم منه وجوب الجمع بينهما ولم يقل به أحد.

قوله: (**وَجُزْءٍ مِنْ عَرَفَةَ**) قال في الجلاب: وليس لموضع من عرفة فضيلة على غيره. وقال ابن حبيب: ويستند إلى الهضاب من سفح الجبل، وحيث يقف الإمام أفضل، وكذلك قال أشهب: أحب موقف عرفة إلي ما قرب من عرفة، ومن المزدلفة ما قرب من الإمام. قال في الجلاب: ويكره الوقوف على جبل عرفة.

قوله: (**سِوَى بَطْنِ عُرَنَةَ**). **ابن حبيب**: عرنة ليست من عرفة إنما هي من الحرم، وعرفة خارجه. وعلى هذا فقوله: (**سِوَى بَطْنِ عُرَنَةَ**) استثناءٌ منقطع. وحكى سند الاتفاق على أن وادي عرنة ليست من عرفة، ولا يجزئ الوقوف به. وحكى ابن المنذر عن مالك أنه قال: من وقف به حجه تام وعليه دم. ونحوه في الجلاب؛ لأنه قال: يكره الوقوف به، ومن وقف به أجزأه وقوفه. قال: وبطن عرنة: هو المسجد الذي يصلي فيه الإمام.

عياض وغيره: وعُرُنة بضم العين والراء، وذكره ابن دريد بفتح الراء وهو الصواب. وذكر ابن عبد السلام فيها ضم العين وتسكين الراء.

وَوَقَفَ مَالِكٌ أَنْ لَوْ وَقَفَ بِالْمَسْجِدِ، وَفِيهِ لأَصْحَابِهِ قَوْلانِ، وَكَرِهَ بُنْيَانَهُ، وَإِنَّمَا حَدَثَ بَعْدَ بَنِي هَاشِمٍ بِعَشْرِ سِنِينَ، وَيُقَالُ: إِنَّ الْحَائِطَ الْقِبْلِيَّ عَلَى حَدِّ عُرَنَةَ ....

أي: في مسجد عرفة للشك هل هو من عرفة أو من الحرم؟ وكذلك توقف ابن عبد الحكم. وفيه لأصحابه قولان في الإجزاء وعدمه، والإجزاء لمحمد وعدمه لأصبغ. ورآه من بطن عرنة. والإجزاء لابن مزين. وكره في المدونة بنيانه. قال في الموازية: لأنه

يضيق على الناس. والمراد بقوله: (**بَعْدَ بَنِي هَاشِمٍ**) بعد مصير الدولة لهم ولم يُرِد بعد انقراضهم وقاله ابن عبد البر. وما حكاه من أن حائط هذا المسجد القبلي على حد عرنة مثله. حكاه ابن المواز، وزاد: ولو سقط لسقط في عرنة.

اللخمي: وعليه فيجزئ الوقوف به، ووقع هنا نسختان (**على حد عرفة**) وأخرى (**عرنة**) وهما بمعنى؛ لأن الحائط القبلي إذا كان على حد عرفة فهو حد لعرنة.

وَفِي اشْتِرَاطِ الْوُقُوفِ قَوْلانِ، وَفِي الْمَارِّ قَوْلانِ

قد تقدم أن المراد بالوقوف الطمأنينة بعرفة على أي وجه كان.

ابن عبد السلام: وعلى هذا فالخلاف حقيقة إنما هو في الاكتفاء بالمرور، فلا ينبغي لمن مذهبه الاختصار أن يجعلها مسألتين إحداهما ثمرة على الأخرى. انتهى.

ولم يبين مالك الحكم في هذه المسألة في المدونة. وحكى ابن يونس فيها قولين:

الأول: لابن القاسم في المدونة من رواية الدباغ: يجزئه إذا نوى بمروره الوقوف، زاد محمد: ولو تعمده إذا عرفها، وإن لم يعرفها بطل حجه.

الثاني: نقله ابن المنذر في كتاب الأشراف عن مالك وغيره من العلماء أن من مر بعرفة ليلاً قبل الفجر وهو لا يعلم أنها عرفة أن ذلك يجزئه.

التونسي وابن محرز وغيرهما: وقول محمد: "إذا عرفها" ينبغي ألا يحتاج إلى معرفتها على مذهب ابن القاسم؛ لأنه يرى أن من وقف بها مغمى عليه أجزأه.

اللخمي: والأول أحسن. ولم أرَ قولاً بعدم الإجزاء مطلقاً كما هو ظاهر كلام المصنف. وكذلك جعل سند محل الخلاف إذا لم يعرفها، فقال: من مر بعرفة وعرفها أجزأه. وإن لم يعرفها فقال محمد: لا يجزئه، والأشهر الإجزاء، لأن تخصيص أركان الحج بالنية ليس شرطاً.

وَفِي اشْتِرَاطِ عِلْمِهِ بِعَرَفَةَ قَوْلانِ، وَفِي الْمُغْمَى عَلَيْهِ قَبْلَ الزَّوَالِ وَالْجَاهِلِ بِهَا - ثَالِثُهَا: لابْنِ الْقَاسِمِ لا يُجْزِئُ الْجَاهِلُ ....

فرأى في القول بالاشتراط أنه لا بد من العلم ليستشعر بالقربة، وهو قول محمد، ورأى في آخر أن القصد الوقوف وقد حصل. وهو يأتي على ما حكاه ابن المنزر عن مالك كما تقدم. والقولان المتقابلان في المغمى عليه والجاهل مبنيان على اشتراط العلم وعدمه. **ابن عبد السلام**: والمشهور يجزئ المغمى عليه. ومفهوم قوله: **(قَبْلَ الزَّوَالِ)** أنه إذا كان بعده أنه يجزئه. وفي اللخمي: قال مالك فيمن أتى عرفة وهو مغمى عليه، ودفعوا به على حالته، قال - يجزئه. وروى مطرف وابن الماجشون إن أغمي عليه قبل الزوال لم يجزأه، وإن أغمي عليه بعده فإن كان ذلك قبل أن يقف أجزأه ولو اتصل به الإغماء حتى دفع به، وليس عليه أن يقف ثانياً إن أفاق في بقية ليلته، وهو كالذي يغمى عليه في رمضان قبل الفجر فلا يجزئه، وإن طلع عليه الفجر وهو في عقله ثم أغمي عليه بعد ذلك لم يضره. وقال في مختصر ما ليس في المختصر: إن وقف صحيحاً ثم أغمي عليه بعد ذلك أجزأه، وإن وقف مغمياً عليه فلم يقف حتى طلع الفجر لم يجزأه. انتهى.

وَالْوَقْتُ بَاقٍ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَلَوْ أَنْشَأَ الإحرام فِيهَا أَجْزَأَهُ

لما أخرجه النسائي والترمذي وصححه عن عبد الرحمن بن يعمر قال: **شهدت مع النبي صلى الله عليه وسلم بعرفة، وأتاه ناس من نجد فأمروا رجلاً فسأله عن الحج، فقال: «الحج عرفة، من جاء ليلة جمع قبل صلاة الصبح فقد أدرك حجه»**. وروى الترمذي: (قبل طلوع الفجر).

تنبيه:

وإذا غربت الشمس فقد حصل الوقوف الركني، والأفضل ألا يدفع قبل الإمام. قاله في المدونة. قوله: **(وَلَوْ أَنْشَأَ الإحرام فِيهَا أَجْزَأَهُ)** [١٩١/ أ] ظاهر.

فَلَوْ قَرُبَ مِنْهَا قُرْبَ الْفَجْرِ فَذَكَرَ صَلاةً يُفِيتُهُ فِعْلُهَا - فَفَرَّقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَ قُرْبِهِ جِداً وَغَيْرِهِ، وَفَرَّقَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ بَيْنَ الْمَكِّيِّ وَالآفَاقِيِّ، وَقِيلَ: يُصَلِّي إِيمَاءً ....

اعلم أن القاعدة أن المُضَيَّق في الشرع مقدم على ما وسع فيه، والموسع فيه في زمان محصور كالصلاة مقدم على ما غياه بالعمر كالكفارات، وما يجب على تاركه القتل مقدماً على ما ليس كذلك، وعلى هذا فتقدم الصلاة على الحج في المسألة المفروضة، وهي إذا قرب من عرفة قبل الفجر، وذكر صلاة إن تشاغل بها فاته الوقوف، وإن ذهب للوقوف لم يمكنه فعل الصلاة. وإلى هذا أشار بقوله: (**يُفِيتُهُ فِعْلُهَا**) أي يفيت الوقوف فعلها، وتقديم الصلاة هو المشهور لما ذكرناه من عظم أمرها في الشرع واستحقاقها للوقت بالذكر. وقال اللخمي: تقدم عرفة مطلقاً لما في فوات الحج من المشاق. وفرق محمد بن المواز بين قربه من عرفة فيمضي إليها وبعده فيصلي لحصول الشك حينئذ في إدراك عرفة. وزاد المصنف بعد قوله: (**قُرْبِهِ**) لفظة (**جِداً**) وليست هذه الزيادة في النوادر. وفرق ابن عبد الحكم بين المكي ونحوه فيصلي، وبين الآفاقي فيمضي لعرفة، هكذا صرح في النوادر بأن ما حول مكة كحكمها عند ابن عبد الحكم، ووجهه ظاهر. وقال عبد الحميد: يصلي إيماءً كالْمُسَايِفِ. واعترضه ابن بشير بعدم تحقق الجامع؛ لأن المشقة في الأصل خوف تلف النفس، وفي الفرع خوف تلف المال سلمناه، ولكن قياساً على الرخص. وأجيب على الأول بأن الأسفار الشاقة مع بعد المسافة يخشى فيها على النفس والمال، ففي الفرع ما في الأصل وزيادة. وعلى الثاني بأن القياس على الرخص المختلف في قبوله إنما هو إذا كان الأصل المقيس عليه منصوصاً، أما إذا كان اجتهادياً فلا نسلمه.

تنبيه:

وقول المصنف: (**ذكر صلاة**) هكذا عبر جماعة كثيرة من أهل المذهب، وهو ظاهر في أنها فائتة. وإذا كان هذا في الفائتة فأحرى لو ذكر العشاء، وفرضها ابن بشير في العشاء.

وَلَوْ وَقَعَ الْخَطَأُ فِي يَوْمِ عَرَفَةَ فَفِي الإِجْزَاءِ قَوْلانِ، وَالْمَعْرُوفُ أَنَّ الثَّامِنَ لا يُجْزِئُ، وَالْعَاشِرَ يُجْزِئُ وَعَلَيْهِ فُقَهَاءُ الأَمْصَارِ ....

أي: إذا وقع الخطأ في يوم عرفة إما بالتقديم أو بالتأخير ففي المسألة ثلاثة أقوال: الإجزاء فيها، وعدمه، والمعروف التفصيل فيجزئ العاشر ولا يجزئ الثامن. وما ذكره المصنف من الخلاف في الصورتين موافق للخمي، فإنه حكى الخلاف في العاشر، ونحوه في البيان، وحكى الثلاثة التي ذكرها المصنف. وذهب ابن الكاتب الى أن المذهب يتفق على الإجزاء في العاشر. قال في البيان: وعلى التفرقة أكثر أهل العلم. وهو قوله مالك والليث والأوزاعي وأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن وابن سيرين وعثمان البتي.

والفرق أن الذين وقفوا يوم النحر فعلوا ما تعبدهم الله به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم من إكمال العدة دون اجتهاد، بخلاف الذين أخطئوا قبل، فإنه باجتهادهم وشهادة من شهد بالباطل. انتهى. وعلى الإجزاء اقتصر مالك في العتبية على أنه إذا كان وقوفهم يوم النحر مضوا على عملهم، ويتأخر عمل الحج كله الباقي عليهم يوماً، ويكون حالهم كحال من لم يخطئ وقيد في الاستذكار هذا الخلاف بجماعة أهل الموسم، وأما المنفرد فلا يلزمه إذا فاته الوقوف ما يلزم من فاته الحج.

فرع:

من ردت شهادته في الهلال، فقال سند: يلزمه الوقوف كالصوم. وقاله الجمهور. وقال محمد بن الحسن: لا يجزئه حتى يقف مع الناس، وسلم الصوم، فيكون حجة عليه. وقد تقدم هذا من كلام صاحب البيان في الصوم.

وَيُفِيضُ بَعْدَ الْغُرُوبِ إِلَى مُزْدَلِفَةَ وَيَبِيتُ بِهَا، وَيُكْرَهُ الْمُرُورُ بِغَيْرِهَا بَيْنَ الْمَأْزَمَيْنِ، وَيُصَلِّي بِهَا الإِمَامُ الْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ جَمْعاً وَقَصْراً، وَيُتِمُّ أَهْلُ مُزْدَلِفَةَ

(**وَيَبِيتُ بِهَا**) للسنة (**وَيُكْرَهُ الْمُرُورُ بِغَيْرِهَا بَيْنَ الْمَأْزَمَيْنِ**) لمخالفة فعله صلى الله عليه وسلم. وكلامه ظاهر.

والمأزمان: قال في التنبيهات: مهموز مكسور الزاي ومفتوح الميمين مثنى. قيل لمالك في المدونة: فإن أتى المزدلفة قبل الشفق؟ قال: هذا ما لا أظنه يكون، ولو كان ما أحببت له أن يصلي حتى يغيب الشفق، وهكذا قال ابن القاسم وابن حبيب: لا يصلي حتى يغيب الشفق. وقال أشهب: إن وصل قبل مغيب الشفق صلى حينئذ. قال مالك في العتبية: وإذا أتى المزدلفة فلا بأس أن يبدأ بحط الرحل الخفيف قبل الصلاة وأما حط المحامل والزوامل فلا أرى ذلك، وليبدأ بالصلاة ثم يحط. وقال أشهب: حط رحل من أتى المزدلفة بعد أن يصلي المغرب أحب إلي ما لم يضطر إلى غير ذلك؛ لثقل دابته ونحوه، فإذا صلى المغرب حط رحله - إن شاء - قبل صلاة العشاء وإن لم يكن بدابته ثقل؛ لأن ذلك قريب لا تفاوت فيه بين الصلاتين، ولا يتعشى قبل المغرب وإن خفف عشاءه، وليصلِّ المغرب ثم يتعشى قبل صلاة العشاء إن كان عشاؤه خفيفاً، وإن كان عشاؤه فيه طول فليؤخره حتى يصلي العشاء أحب إلي. وفي الموطأ **أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بها ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله** [١٩١/ب] **ثم أقيمت صلاة العشاء فصلاها، ولم يصلِّ بينهما شيئاً**. وروى ابن مسعود: **لما نزل صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة صلى بهم المغرب ثم وضعوا رحالهم وتعشوا ثم صلوا العشاء**.

وَمَنْ لَمْ يَقِفْ إِلا بَعْدَ دَفْعِ الإِمَامِ صَلَّى كُلَّ صَلاةٍ لِوَقْتِهَا، وَقِيلَ: مَا لَمْ يَرْجِعْ قَبْلَ الثُّلُثِ أَوِ النِّصْفِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ....

قوله: (**كُلَّ صَلاةٍ**) أي: من المغرب والعشاء (**لِوَقْتِهَا**) وهو قول ابن المواز قال في النوادر: ووجهه أن الجمع إنما ورد في حق من وقف مع الإمام. قال ابن القاسم: إن طمع أن يقف ويرجع إلى مزدلفة في ثلث الليل رأيت أن يؤخر إلى مزدلفة فيجمع بينهما.

ابن بشير: وعلى القول بأن وقت العشاء إلى نصف الليل يؤخر إن كان يدرك قبله، وهو معنى قوله: (**أَوِ النِّصْفِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ**) ونُقل عن مالك قول ثالث: أنه يجمع بينهما سواء راح أو لم يرح كمن وقف مع الإمام.

تنبيهان:

أولهما: انظر كيف صَدَّرَ المصنف بقول ابن المواز.

الثاني: تخريج ابن بشير ليس بظاهر؛ لأن القائل بالنصف هو ابن حبيب، ولا يعلم له التفصيل الذي قاله ابن القاسم هنا. ولا بد في التخريج من اتحاد القائل، وقد تقدم هذا المعنى.

وَأَمَّا مَنْ وَقَفَ وَعَجَزَ جَمْعَهُمَا بَعْدَ الشَّفَقِ حَيْثُ كَانَ

تصوره ظاهر ونحوه في المدونة وغيرها.

فَلَوْ قَدَّمَهُمَا قَبْلَهُ أَعَادَ الْعِشَاءَ، وَفِي إِعَادَةِ الْمَغْرِبِ فِي الْوَقْتِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

قوله: (**قَدَّمَهُمَا**) يعني: المغرب والعشاء. (**قَبْلَهُ**) قبل الشفق. وفي بعض النسخ (قبلهما) أي: الشفق والمزدلفة. وفي بعضها (قبلها) أي المزدلفة.

اللخمي: واختلف فيمن صلى المغرب قبل المزدلفة أو جمع الصلاتين بعد مغيب الشفق وقبل المزدلفة، ثم ذكر القولين اللذين حكاهما المصنف. واتفق على إعادة العشاء إذا صلاها قبل الشفق؛ لكونه صلاها قبل وقتها. واختلف في إعادة المغرب، فقال ابن القاسم: يعيدها في الوقت. وقال ابن حبيب: أبداً. واحتج ابن القاسم في المدونة بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**الصلاة أمامك**». يريد فكأنه قد قدمها عن وقتها، وقال أشهب: لا يعيدها؛ لأنها وقعت في وقتها، والجمع إنما هو رخصة وتخفيف.

ثُمَّ يَبِيتُ بِمُزْدَلِفَةَ، فَلَوْ لَمْ يَنْزِلْ بِهَا فَالدَّمُ عَلَى الأَشْهَرِ، فَلَوْ دَفَعَ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلا دَمَ

لا خلاف أن السنة النزول بمزدلفة والمبيت بها، فإن نزل بها ثم دفع منها قال في المدونة: في أول الليل أو وسطه أو آخره، وترك الوقوف مع الإمام أجزأه ولا دم عليه. ولفظ المدونة أحسن من لفظ المصنف؛ لأن قوله: (**فَلَوْ دَفَعَ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلا دَمَ**) مجمل.

قوله: (**فَلَوْ لَمْ يَنْزِلْ بِهَا فَالدَّمُ عَلَى الأَشْهَرِ**) هو قول مالك وغيره. والقول بسقوط الدم منقول عن عبد الملك. وهو مما يبين لك أن قوله: اختلف في الوقوف بالمشعر الحرام هل هو ركن أم لا؟ **ابن هارون**: واختلف عن مالك في القدر المستحق من الزمان بمزدلفة هل هو الليل كله أو جله أو أقل زمان؟ على ثلاثة أقوال. حكاه ابن خويزمنداد. انتهى.

خليل: والظاهر أنه لا يكفي على المذهب في سقوط الدم بالنزول إناخة البعير فقط، بل لا بد مع ذلك من حط الرحال، وكلام الباجي يدل عليه. ولفظه: والفرض من المبيت بها النزول بها والمقام مقدار ما يرى أنه مقام. انتهى.

فرعان:

الأول: قول ابن المواز يستحب ليلة المزدلفة كثرة الصلاة والذكر، وكان ابن عمر يطيل التهجد.

والثاني: إن أتى المزدلفة بعد الفجر فقال أشهب: عليه الدم لتركه المبيت، وإن كان من ضعفة الرجال والنساء والصبيان، وقال ابن القاسم: إذا أتاها بعد طلوع الفجر ونزل بها فقد أدرك ولا شيء عليه، وليقف بالمشعر الحرام ما لم يسفر جداً وإن دفع الإمام.

وَيَرْتَحِلُ بَعْدَ صَلاةِ الصُّبْحِ مُغَلِّساً ثُمَّ يَقِفُ قَلِيلاً عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ، وَيُكَبِّرُ وَيَدْعُو، وَلا وُقُوفَ بَعْدَ الإِسْفَارِ، وَلا قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ الصُّبْحَ ....

أي: ويرتحل مِنَ المزدلفة بعد أن يصلي الصبح أول وقتها إلى المشعر الحرام. ابن حبيب: وهو ما بين جبلي المزدلفة، ونحوه لسعيد بن جبير.

قال ابن أبي نجيح: ما صب من محسر في المزدلفة فهو منها، وما صب منها في منى فهو منها. **ابن حبيب**: ويقال للمزدلفة أيضاً جَمْعٌ، وكلها موقف، ويرتفع عن بطن محسر، وكذلك روي عنه عليه الصلاة والسلام. ونص اللخمي وصاحب المفهم وغيرهما على

أنه ليس من المزدلفة. **ابن حبيب**: ويقف الإمام حيث المنارة التي على قزح. قال: وترفع يديك بالدعاء والذكر والرغبة إلى الله تعالى، وتكثر من التهليل والتكبير وتفعل في الدفع من المشعر من الذكر والسكينة مثل فعلك في الدفع من عرفة.

سحنون: ويكون وجهك إذا وقفت أمام البيت. وقوله: **(وَلا وُقُوفَ بَعْدَ الإِسْفَارِ)** قالوا قصداً لمخالفة المشركين؛ لأنهم كانوا لا يدفعون إلا بعد طلوع الشمس. وظاهر كلامه جواز التمادي بالوقوف إلى الإسفار. نحوه في الموازية والمختصر. وفي المدونة: لا يقف أحد بالمشعر إلى طلوع الشمس أو الإسفار، ولكن يدفعون قبل ذلك.

قوله: **(وَلا قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ الصُّبْحَ)** لأنه خلاف السنة. قال في المدونة: وإذا أسفر ولم يدفع الإمام دفع الناس وتركوه، ومن بات بالمشعر الحرام فلم يقف حتى [١٩٢/ أ] دفع الإمام فلا يقف بعده، ولا يتخلف عنه.

ويستحب للرجل أن يدفع بدفع الإمام ولا يتعجل قبله.

وَوَاسِعٌ لِلنِّسَاءِ وَالصِّبْيَانِ أَنْ يَتَقَدَّمُوا أَوْ يَتَأَخَّرُوا، ثُمَّ يُسْرِعُ فِي وَادِي مُحَسِّرٍ

خرج مسلم عن أم حبيبة: **أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث بها من جمع بليل**. ولعل ذلك خوفاً من الزحمة، ولبطئهن في السير. **(وَيُسْرِعُ فِي وَادِي مُحَسِّرٍ)** أي: الراكب بدابته والماشي في مشيته، وهو قدر رمية الحجر وذلك للسنة. قيل: لأنه موضع نزول العذاب على أصحاب الفيل.

ثُمَّ يَأْتِي مِنًى فَيَرْمِي بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ قَبْلَ وَضْعِ رَحْلِهِ رَاكِباً أَوْ مَاشِياً عَلَى حَالِهِ بِسَبْعِ حَصَيَاتٍ فِي جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ يُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ ثُمَّ يَنْحَرُ ثُمَّ يَحْلِقُ أَوْ يُقَصِّرُ

كذا ورد عنه عليه الصلاة والسلام. وكان صلى الله عليه وسلم حالة الرمي راكباً.

قال مالك في الموازية: وتستقبلها ومنى عن يمينك والبيت عن يسارك وأنت ببطن الوادي.

والحِلاقُ أفضل من التقصير إلا المتمتع فإن التقصير في العمرة أفضل له؛ ليبقى على الشعث في إحرام الحج. ولا فرق على المشهور بين المفرد والقارن. وقال ابن الجهم: إن القارن المكي لا يحلق حتى يطوف ويسعى، ويلزمه أن يقول بذلك في المراهق والحائض وكل من أخر سعيه إلى الإفاضة.

فَلَوْ ضَلَّتْ بَدَنَتُهُ طَلَبَهَا إِلَى الزَّوَالِ وَإِلا حَلَقَ وَفَعَلَ مَا يَفْعَلُهُ غَيْرُهُ مِنْ إِفَاضَةٍ وَوَطْءٍ وَغَيْرِهِ ....

لما كان المطلوب تقديم النحر على الحلق لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾ [البقرة:١٩٥] لزم إذا ضلت بدنته أن يطلبها إلى الزوال؛ لأن تأخير الحلق بعد الزوال بلا عذر مكروه. وكذلك قوله في المدونة: ومن ضلت بدنته يوم النحر أخر الحلاق وطلبها ما بينه وبين الزوال، فإن أصابها وإلا حلق وفعل ما يفعل من لم يهدِ من الإفاضة ووطء النساء وحلق الرأس ولبس الثياب، كانت هذه البدنة مما عليه بدلها أم لا؟ انتهى.

قال في البيان: وإذا خشي زوال الشمس حلق مخافة أن يؤخر إلى بعد الزوال ولا يجد الهدي فتفوته الفضيلتان جميعاً: الحِلاق قبل الزوال، والذبح قبل الحِلاق.

فَلَوْ قَدَّمَ الْحَلْقَ عَلَى الرَّمْيِ فَالْفِدْيَةُ عَلَى الأَصَحِّ، وَإِلا فَلا فِدْيَةَ عَلَى الأَصَحِّ

قد تقدم أن السُنَّة تقديم الرمي ثم النحر ثم الحلق، فلو قدم الحلق على الأول فالفدية على الأصح؛ لأنه حلق قبل التحلل وهو مذهب المدونة. ومقابل الأصح حكاه ابن بشير وأشار إلى الاستدلال له بما رواه البخاري ومسلم: **أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف في**

حجة الوداع فجعلوا يسألونه، فقال رجل: لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح. قال: «اذبح ولا حرج». وجاء آخر فقال: لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي. فقال: «ارمِ ولا حرج». فما سئل يومئذ عن شيء قدم ولا أخر إلا وقال: «افعل ولا حرج». وإذا بنينا على الأصح فإنه يُجرِي الموسى على رأسه بعد أن يرمي. رواه ابن المواز عن مالك؛ يريد: لأن ذلك الحلق الأول غير معتد به، ولذلك افتدى منه. وقوله: (**وَإِلا فَلا فِدْيَةَ عَلَى الأَصَحِّ**) أي: وإن لم يقدم الحلق على الرمي بل قدم الثاني على الأول فنحر قبل الرمي، أو الثالث على الثاني فحلق قبل النحر، فالأصح لا شيء عليه للحديث المتقدم. وكلام المصنف يقتضي أن الخلاف في الصورتين، ولم أره إلا في الثانية، وهي إذا حلق قبل النحر. وحكى اللخمي مقابل الأصح عن ابن الماجشون وأطلق فيه كالمصنف. وقال الباجي: إن قدم الحلق قبل الذبح فإما أن يقدم الحلق خطأً أو جهلاً أو عمداً.

فإن كان ذلك خطأً أو عمداً فروى ابن حبيب عن ابن القاسم لا شيء عليه، وهو المشهور. وقال ابن الماجشون: عليه الهدي. وبه قال أبو حنيفة، ووجَّه الأول بالحديث. وروى ابن الماجشون أن معنى ذلك لا إثم عليه؛ لأن الحرج يطلق على الإثم دون الهدي. ولابن القاسم أن يقول: هذا موضع تعليم لما يجب على السائل، فلو وجب الهدي لذكره. وأما إن كان على وجه العمد فقد روى القاضي أبو الحسن أنه يجوز تقديم الحلق على النحر. والظاهر من المذهب المنع من ذلك، والترتيب مشروع مستحب، وأقل ما يحمل عليه فعله عليه الصلاة والسلام في حجه الاستحباب. انتهى باختصار.

ثُمَّ يَأْتِي مَكَّةَ لِلإِفَاضَةِ وَكُرِهَ أَنْ يُسَمَّى طَوَافُ الزِّيَارَةِ، أَوْ يُقَالَ: زُرْنَا قَبْرَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ....

يعني: وبعد أن يفعل الثلاثة المذكورة يأتي مكة فيطوف طواف الإفاضة. وأما كراهة مالك أن يقول طواف الزيارة أو زرنا قبره صلى الله عليه وسلم فقيل: لأن الزيارة تقتضي التخيير. وقيل: إنما كره هذا الاسم لما ورد: «لعن الله زوَّارات القبور». ورده في الشفاء بما

ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «**كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها**». وقوله: «**من زار قبري**» وقيل: إنما ذلك لما قيل: إن للزائر فضلاً على المزور. ورده في الشفاء بأنه ليس كل زائر بهذه الصفة، وقد ورد في حديث أهل الجنة وزيارتهم لربهم. وقيل: الكراهة لاستعمال لفظ القبر؛ لأنه ورد في الحديث [١٩٢/أ] «**اللهم لا تجعل قبري وثناً يعبد، اشتد غضب الله على قوم اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد**».

فحمل إضافة هذا اللفظ إلى القبر، والتشبيه بفعل أولئك قطعاً للذريعة وحسماً للباب، ولم يرده، ورده بعضهم بأن سنداً نقل عن مالك الكراهة، ولو أسقط القبر، وكان شيخنا رحمه الله يقول: يمكن أن يقال إنما كره مالك ذلك خوفاً من التبجح بالعبادة والسمعة؛ لأنه قد ورد: «**من زارني ميتاً فكأنما زارني حياً**».

خليل: وفي قول أبي عمران: إنما كره مالك أن يقول الناس ذلك بينهم بعضهم لبعض - إشارة إلى ذلك.

فرع:

فإن قدم الإفاضة على الرمي فروى ابن القاسم عن مالك الإجزاء مع الهدي، وبه أخذ ابن القاسم. وعن مالك: لا يجزئه، وهو كمن لم يُفِضْ. وقال أصبغ: أحب إلي أن يعيد الإفاضة، وذلك يوم النحر آكد. واختلف إذا رمى ثم أفاض قبل الحلاق، فقال مالك: يجزئه، وقال أيضاً يعيد الإفاضة بعد الحلاق. وقال في الموطأ: أحب إلي أن يهرق دماً، وإن قدم الإفاضة على الذبح أجزأته الإفاضة.

اللخمي: ويجري فيها قولاً آخر أنه يعيد.

خليل: والصحيح والله أعلم لا شيء عليه في شيء من ذلك لما رواه الترمذي وصححه من حديث علي - رضي الله عنه -: **أفضت قبل أن أحلق. فقال: «احلق أو قصر ولا حرج»**. وفي بعض طرق الدارقطني من حديث ابن عمر: **أفضت قبل أن أرمي: فقال: «ارم ولا حرج»**.

وَهذَا أَوْلَى مِنَ التَّأخِيرِ

يعني: وتعجيل الإفاضة أولى، وهذا كما قال في الجلاب: ولا بأس بتأخير الإفاضة إلى آخر أيام التشريق، وتعجيلها أفضل، ولا يؤخرها عن ذلك. فإن أخرها إلى المُحَرَّم فعليه دم. وقال في الذخيرة: وله تأخير السعي إلى وقت تأخير الإفاضة انتهى.

وقد اختلف هل أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلاً أو نهاراً؟ ففي مسلم من حديث جابر الطويل: **ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر**. **النووي**: وفيه محذوف تقديره: فأفاض وطاف بالبيت طواف الإفاضة ثم صلى الظهر، فحذف ذكر الطواف لدلالة الكلام عليه. وفي مسلم أيضاً من حديث ابن عمر: **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى**.

النووي: ووجه الجمع بينهما أنه عليه الصلاة والسلام طاف للإفاضة قبل الزوال، ثم صلى الظهر بمكة في أول وقتها، ثم رجع إلى منى فصلى بها الظهر مرة أخرى انتهى.

وخرج أبو داود من حديث عائشة وابن عباس: **أنه عليه الصلاة والسلام أخر الطواف يوم النحر إلى الليل**.

ورواية جابر عندهم أرجح؛ لأنه ضبط في الحج ما لم يضبطه غيره.

فَلو أَخَّرَ طَوَافَ الإِفَاضَةِ وَالسَّعْيَ بَعْدَمَا انْصَرَفَ مِنْ مِنًى أَيَّاماً فَلْيَطُفْ وَلْيُهْدِ

هذا تصوره في حق المراهق وشبهه ممن لا يخاطب بالسعي أولاً كالمحرم من مكة.

ابن عبد السلام: والدم إما لأجل التفرقة بين الأركان أو لأنه أتى ببعض الأركان في غير أشهره. انتهى.

وليس هذا خاصاً فيمن تركهما معاً، بل لو ترك الطواف فقط. والظاهر في التعليل هو الثاني؛ لأنه لو كان التعليل أولاً صحيحاً لزم في حق من أخر طواف الإفاضة عشرة أيام مثلاً الدم، وليس كذلك على المشهور.

ثُمَّ يَعُودُ إِلَى مِنًى لِلْمَبِيتِ، وَيَبِيتُ بِمِنًى ثَلاثَ لَيَالٍ، وَالْمُتَعَجِّلُ لَيْلَتَيْنِ

تصوره ظاهر. وفي قوله: (**لِلْمَبِيتِ**) إشارة إلى أنه لا يلزم الرجوع على الفور، نعم هو راجح.

وفي الموازية والعتبية فيمن أفاض ثم أراد أن يتنقل بطواف أو طوافين قال: ما هو من عمل الناس، وأرجو أن يكون خفيفاً، وإن سمع الأذان فواسع أن يخرج أو يقيم حتى يصلي. زاد في الموازية: وإن أقيمت الصلاة فله أن يبيت ليصلي. قال عنه أشهب: وإن أفاض يوم الجمعة هل يقيم حتى يصلي الجمعة؟ قال: أحب إلي أن يرجع إلى منى. قال مالك في الموازية: وللرجل أن يطلع على أهله بمكة أيام منى ليصيب منهم وينظر في ظهر له ما لم يختلف كل يوم أو يطيل الإقامة. واستثنى أهل المذهب من لزوم المبيت بمنى الرعاة ومن ولي السقاية. أما الرعاة فيأتي الكلام عليهم. وأما من ولي السقاية، فإنه صلى الله عليه وسلم **أرخص للعباس في المبيت بمكة**.

ابن حبيب: وإنما ذلك رخصة من أجل السقاية. وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه في الرجل الذي يكون له متاع بمكة يخشى عليه الضيعة إن بات بمنى أنه لا بأس أن يبيت عنده بمكة. **الباجي**: وليس فيه دليل على أنه لا يلزمه دم؛ لأن ذلك عذر يخصه. والذي يقتضيه مذهب مالك أن عليه الهدي حسب ما روى عنه ابن نافع فيمن حبسه مرض فبات بمكة أن عليه الهدي. ولا يجوز المبيت دون جمرة العقبة؛ لأنه ليس من منى. وفي الموطأ عن عمر أنه كان يرحل الناس من ورائها، وفيه أيضاً أنه قال: لا يبيتن أحد من

الحاج ليالي منى من وراء العقبة. وعن مالك في الموازية: إن بات جل ليلة من وراء العقبة فليهد هدياً. وروي عنه أنه لا دم عليه حتى يبيت اليلة كلها بغير منى.

يَرْمِي كُلَّ يَوْمٍ بَعْدَ يَوْمِ النَّحْرِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ حَصَاةً مِثْلَ حَصَى الْخَذْفِ، وَفِيهَا: أَكْبَرُ ....

الخذف بالحصى الرمي به بالأصابع. وهو بالخاء والذال المعجمتين قاله الجوهري وعياض والنووي. وقال ابن هارون : الحذف [١٩٣/ أ] بالحاء المهملة، وكانت العرب ترمي بها في الصغر على وجه اللعب، تجعلها بين السبابة والإبهام من اليسرى ثم تقذفه بالسبابة من اليمنى. وزاد الليث: أو تجعلها بين سبابتيك.

سند: واختلف في قدر حصى الحذف، فقيل: مثل الباقلاء. وقيل: مثل النواة. وقيل: دون الأنملة طولاً وعرضاً. ويكره الحجر الكبير لئلا يؤذي الناس، والصغير مثل الحمصة والقمحة لا يرمى بهما؛لأنهما في حكم العدم. وأكبر من حصى الحذف أبرأ للذمة؛ لأن فيه الواجب وزيادة، والحجر الكبير يجزئ عند الجميع؛ لوقوع الاسم عليه لكنه مخالف للسنة، واستحب مالك أن تكون حصى الجمار أكبر من حصى الخذف قليلا. سند: وكان القاسم بن محمد يرمي بأكبر من حصى الخذف. واستشكل الشافعي استحباب مالك كونها أكبر، مع ما ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى بمثل حصى الخذف، وأجيب عنه بوجهين **أحدهما** للباجي: أنه لم يبلغه الحديث، **والثاني** لعبد الملك وغيره: أنه بلغه لكن استحب الزيادة على حصى الخذف؛ لئلا ينقص الرامي من ذلك.

وَلَقْطُهَا أَوْلَى مِنْ كَسْرِهَا مِنْ حَيْثُ شَاءَ

للسُنَّة. قال غير واحد: وله أن يأخذ حصى الجمار من منزله بمنى أو حيث شاء، إلا جمرة العقبة فإنه يستحب أخذها من المزدلفة، قاله ابن القاسم وابن حبيب وغيرهما. قال ابن الحاج في مناسكه: أستحب له أخذها من واد محسر. ونص اللخمي وغيره على أنه ليس من مزدلفة.

قوله: (**حَيْثُ شَاءَ**) متعلق بمحذوف دل عليه لقطه الأول تقديره: يلتقطها من حيث شاء، ولا يصح تعلقه بـ(**لَقْطُهَا**) لأنه مصدر لا يجوز أن يخبر عنه قبل تمام صلته.

وَيُكْرَهُ مَا رُمِيَ بِهِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: سَقَطَتْ مِنِّي حَصَاةٌ فَلَمْ أَعْرِفْهَا، فَأَخَذْتُ حَصَاةً مِنَ الجِمَارِ فَرَمَيْتُ بِهَا فَقَالَ لِي مَالِكٌ: إِنَّهُ لَمَكْرُوهٌ وَلا أرى عَلَيْكَ شَيْئاً

قوله: (**يُكْرَهُ**). **ابن بشير**: هو المشهور. وقيل: له الأخذ من الجمار. فإذا قلنا إنه لا يرمي من المَرمي به وخالف ورمى به فهل يعيد أو يجزئه؟ قولان انتهى. وقال ابن شعبان: لا يجزئه. يريد ويعيد انتهى. وأطلق ابن بشير القول بأن له أن يأخذ الحصى من الجمرة. وفي الباجي: ولا يرمي من الجمار بما قد رُمي به، هذا هو المشهور من المذهب، وروى ابن وهب عن مالك فيمن سقطت منه حصاة أنه يأخذ من موضعه حصاة فيرمي بها في مكان الذي سقطت منه، وروى ابن القاسم عن مالك أنه إن تيقن أنها الحصاة التي سقطت منه فليأخذها، وأنه يكره أن يأخذ من الجمار التي رمي بها، وإني لأَتَّقِيه، وإن أخذ منها حصاة وهو لا يتيقن أنها الحصاة التي سقطت منه فأرجو أن يكون خفيفاً. وقد روى ابن المواز عن أشهب فيمن نفذت منه حصاة وأخذ حصاة من عند الجمار ورمى بها أنه لا يجزئه انتهى. فقيد القول بحصاة. وقال التونسي: إذا رمى بحصاة رُمي بها أعاد ما لم تذهب أيام منى، فإن ذهبت فلا شيء عليه. وما حكاه المصنف عن ابن القاسم هو مذهب المدونة، ولا يؤخذ منه الجواز ابتداءً. وقول مالك في آخره إنه مكروه، صريح في الكراهة. وأشار اللخمي إلى أن محل الخلاف إذا رمى بها غيره، وأما لو كرر الرمي بحصاة واحدة سبعاً لم يجزه.

وقال سند: يكره ما رمى به غيره. وإن رمى بما رمى به هو قال بعض المتأخرين هنا: لا يجزئه بخلاف ما رمى به غيره. ولم يوجد هذا الفرق إلا للمزني من الشافعية، وعلل ذلك ابن شعبان وغيره بأنه كماء توضئ به مرة. وقيل: لِمَا نقله ابن عبد البر عن ابن عباس وأبي سعيد وغيرهما: أن ما يقبل من الحصى يرفع. والمشاهدة تدل على ذلك لقلة الجمار، ومثله لا يقال بالرأي. **ابن يونس**: والأول أصح، وعلى كل واحد منهما بحث لا يخفى عليك.

سَبْعاً فِي كُلِّ جَمْرَةٍ حَصَاةً بَعْدَ حَصَاةٍ مُتَتَابِعَةً بِالتَّكْبِيرِ مَاشِياً، فَلَوْ رَمَى أَكْثَرَ اعْتَدَّ بِوَاحِدَةٍ، فَذَلِكَ مَعَ الأُولَى سَبْعُونَ حَصَاةً، وَالْمُتَعَجِّلُ: تِسْعٌ وَأَرْبَعُونَ ....

(**سَبْعاً**) مفعول بـ(**يرمي**) المتقدم، ويحتمل أن يكون حالاً من النكرة المخصصة بالنعت وهي قوله قبل: (**إحدى وعشرين حصاة**) وقوله: (**حَصَاةً بَعْدَ حَصَاةٍ**) حال من (**سبع**) و(**مُتَتَابِعَةً**) نعت لـ(**سبع**) وقوله: (**ماشياً**) أي: في الثلاثة أيام استحباباً، وإلا فقد تقدم أنه يرمي جمرة العقبة على حاله التي جاء عليها من ركوب أو مشي. وقال في الجواهر: ويستحب أن يأتي بالجمار في الأيام الثلاثة ماشياً ذاهباً وراجعاً. كما فعل صلى الله عليه وسلم، **وكان النبي صلى الله عليه وسلم كلما رمى حصاة كبر**. قال في المدونة: وإن لم يكبر أجزأه. قيل له: فإن سبح مع كل حصاة؟ قال: السنة التكبير. **مالك**: ويرفع صوته بالتكبير عند الجمار. وقوله: (**فَلَوْ رَمَى أَكْثَرَ**) أي: من واحدة، رمية واحدة فإنما يحتسب بواحدة؛ لأنه تعبد، فمن خالفه كأنه لم يأت به.

وقوله: (**فَذَلِكَ**... إلخ) ظاهر التصور.

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ حَجَراً، وَرَمْياً عَلَى الْجَمْرَةِ أَوْ مَوْضِعِ حَصَاهَا، فَلَوْ وَضَعَهَا لَمْ يُجْزِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَقَعَتْ عَلَى مَحْمَلٍ وَنَحْوِهِ فَوَقَفَتْ فَنَفَضَهَا غَيْرُهُ لَمْ تُجْزِهِ..

قال في الذخيرة: ولا يختص بجنس بل ما يسمى حصًى، حجراً أو رخاماً. وظاهر [١٩٣/ ب] المذهب، منع الطين والمعادن كالحديد والزرنيخ.

سند: قالت الشافعية: لو رمى بحَجَر نجس أجزأه. قال: وليس ببعيد عن المذهب، لكنه يكره. وقد قال مالك: ليس عليه غسلها. ونقل ابن الحاج عن مالك الإجزاء في الحَجَرِ النجس.

وقوله: (**وَرَمْياً**) قال في المدونة: وإن وضع الحصاة وضعاً أو طرحها لم يجزئه. وفي طرر أبي إبراهيم عن أشهب إجزاء الطرح إذا نوى به الرمي.

قوله: (**عَلَى الْجَمْرَةِ أَوْ مَوْضِعِ حَصَاهَا**). **الباجي** وغيره: الجمرة اسم لموضع الرمي، سميت بذلك باسم ما يرمى فيها، والجمار الحجارة. وقال سند: جمرة العقبة جبل معروف، والجمرة اسم للكل. وعلى هذا فقول المصنف: (**الْجَمْرَةِ أَوْ مَوْضِعِ حَصَاهَا**) ليس بجيد. إذ الجمرة اسم للجميع، لكن الظاهر أنه أراد بالجمرة البناء، وبـ(**مَوْضِعِ حَصَاهَا**) ما سفل من ذلك، ويحمل كلامه على ما إذا رمى البناء ثم وقعت على الحصى، وأما لو وقعت في شقوق البناء ففي إجزاء ذلك نظر؛ لأنه مخالف للسنة، وسيدي خليل الذي بمكة - رضي الله عنه - يفتي في ذلك بعدم الإجزاء، ورأيت من شيخنا ميلاً إلى الإجزاء؛ لأن البناء متصل بالجمرة، ولعل الذي اعتمد المصنف عليه هنا قوله في المدونة: وإن رمى حصاة فوقعت قرب الجمرة، فإن وقعت موضع حصى الجمرة وإن لم تبلغ الرأس أجزأه.

سند: وإن وقعت دون الجمرة وتدحرجت إليها أجزأه؛ لأنه مِنْ فعله، فإن شك في وصولها فالظاهر عدم الإجزاء. ولو وقعت دون المرمى على حصاة فطارت الثانية في المرمى لم يجزه. وكذلك لو رمى لغير الجمرة قصداً فوقعت فيها لعدم النية. ولو قصد الجمرة فتعدتها لم يجزه لعدم الاتصال. ولو تدحرجت من مكان عال فرجعت إليها، فالظاهر عدم الإجزاء؛ لأن الرجوع ليس من فعله انتهى.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ لَوْ وَقَعَتْ عَلَى مَحْمَلٍ... إلخ**) هو كقوله في المدونة: وإن وقعت في محمل رجل فنفضها صاحب المحمل لم يجزه، ولو أصابت المحمل ثم مضت بقوة الرمية الأولى حتى وقعت في الجمرة أجزأه.

وَالْعَاجِزُ يَسْتَنِيبُ وَعَلَيْهِ الدَّمُ

المراد بالعاجز من يعجز بنفسه، ولم يكن له من يحمله. قال في المدونة: وإذا قدر على حمل المريض وهو يقوى على الرمي ويوجد من يحمله حُمِلَ ورمى بيده. ولا يرمي الحصاة

في كف غيره ليرميها ذلك عنه، وإن لم يقدر على حمله أو لم يستطع الرمي عنه غيره ثم يتحرى المريض وقت الرمي فيكبر لكل حصاة تكبيرة، وليقف الرامي عنه عند الجمرتين للدعاء، وحَسَنٌ أن يتحرى المريض ذلك الوقت فيدعو وعلى المريض الدم؛ لأنه لم يَرْمِ وإنما رمى عنه غيره انتهى. ولأشهب في الموازية: أنه لا دم عليه. ولابن القاسم في الموازية: لا يقف الرامي عن المريض عند الجمرتين خلاف ما في المدونة. وروى ابن عبد الحكم في مختصره إن كان المريض يرجو الراحة في أيام التشريق فليؤخر الرمي فيهما بينه وبين غروب الشمس من آخر يوم من أيام منى، وإن لم يرج ذلك ولا له من يحمله استناب من يرمي عنه. **الباجي**: وهو يحتمل الوفاق للمدونة، وأنه إن وجد من يحمله وهو يطيق الرمي عَجَّل، وإن لم يجد من يحمله ولم يَرجُ إفاقة استناب، وإن رجاها لم يعجل، ويحتمل الخلاف ويكون فيما إذا رجا الإفاقة قولان. **الأبهري**: وإنما وجب الدم على مذهب المدونة لعدم تحقق العذر؛ لأنه لا يقدر، ولو تحامل لقدر، وأنكره الباجي؛ لأن بعض الناس لا يشك أحد في عدم قدرته. **الأبهري**: ويرجع في عدم القدرة إلى غلبة ظنه. ونص اللخمي على أنه إن خشي زيادة مرضه أنه يستنيب.

بِخِلافِ صَغِيرٍ لا يُحْسِنُ الرَّمِيُّ فَيَرْمَي عَنْهُ وَلا دَمَ، فَإِنْ لَمْ يُرْمَ عَنْهُ أَوْ لَمْ يَرْمِ مَنْ يُحْسِنُ فَالدَّمُ عَلَى مَنْ أَحَجَّهُمَا ....

قوله: (**بِخِلافِ صَغِيرٍ**) إنما لم يلزم الدم؛ لأن المخاطب بالرمي في الحقيقة هو الولي، بخلاف المريض فإنه هو المخاطب بسائر الأركان، وفي حكم الصغير المجنون. والضمير في (**أَحَجَّهُمَا**) عائد على الصغير الذي لا يحسن الرمي والصغير الذي يحسنه. وهل يقف الرامي عن الصبي في الجمرتين الأولتين؟ ذكر ابن بشير وغيره قولين. **اللخمي**: ويختلف في الوقوف عن المجنون والمغمى عليه قياساً على الصبي. واقتصر التونسي على القول بالوقوف عن الصبي، وإنما حكى الخلاف في المريض.

فَإِنْ صَحَّ قَبْلَ الْفَوَاتِ صَارَ كَالنَّاسِي

قال في المدونة: فإن صح ما بينه وبين غروب الشمس من آخر أيام الرمي أعاد ما رمى به عنه كله في الأيام الماضية وعليه الدم، ولو رمى عنه العقبة يوم النحر ثم صح آخر ذلك اليوم، أعاد الرمي ولا دم عليه انتهى. وهذا معنى قوله: (**كَالنَّاسِي**) أي فإن كان يوم جمرة العقبة فلا شيء عليه وإلا فعليه دم. وذكر في النوادر خلافاً في الناسي، وروى ابن وهب فيمن نسي الرمي يوماً أو يومين ثم ذكر أنه يرمي في اليوم الثالث لليومين الماضيين ويهدي. **ابن وهب**: إلا أن تخرج أيام الرمي، فيهدي كما لو تعمد وإن لم تخرج، وقال ابن حبيب: إن نسي الجمار إلى بعد يوم النحر رمى أي ساعة ذكر، ولا دم عليه، إلا أن يذكر ذلك بعد الصدر وزوال أيام منى فليهدي، فإن ذكر بعد أن صدر قبل غروب الشمس رجع ورمى وعليه دم؛ لأنه رمى ما بعد الصدر.

ابن عبد السلام: وانظر هل يتخرج في الناسي قول أشهب الذي تقدم في المريض؟ والأقرب عدم ذلك؛ لأن المريض بذل وسعه وليس الناسي كذلك. وحيث قلنا إنه يقضي فيرمي الجمرة الأولى عن اليوم الأول ثم الثانية ثم الثالثة ثم عن اليوم الثاني ثم الثالث كذلك. ولا يرمي للأولى ثلاث مرات.

فَإِنْ ظَنَّ أَنَّهُ يَقْدِرُ فِي أَثْنَاءِ الْوَقْتِ فَفِي اسْتِنَابَتِهِ قَوْلانِ

هذان القولان ذكرهما ابن بشير، ولعلهما ما ذكرناه عن المدونة والمختصر، ويكون كلامه إنما يأتي على أن ما في المختصر مخالف للمدونة. والظاهر أنه إذا رجا الصحة قبل الغروب من أول يوم لا يختلف في تأخيره وعدم استنابته.

وَيَبْتَدِأُ بِالْجَمْرَةِ الَّتِي تَلِي مِنًى فَيَرْمِيهَا مِنْ فَوْقِهَا ثُمَّ يَتَقَدَّمُ أَمَامَهَا فَيَسْتَقْبِلُ الْكَعْبَةَ، وَفِي رَفْعِ يَدَيْهِ قَوْلانِ، وَضَعَّفَ مَالِكٌ رَفْعَ الْيَدَيْنِ فِي جَمِيعِ الْمَشَاعِرِ، وَالاسْتِسْقَاءِ وَقَدْ رُئِيَ رافعاً يَدَيْهِ فِي الاسْتِسْقَاءِ وَقَدْ جَعَلَ بُطُونَهُمَا إِلَى الأَرْضِ، وَقَالَ: إِنْ كَانَ الرَّفْعُ فَهكَذَا، وَيُكَبِّرُ وَيُهَلِّلُ وَيَحْمَدُ اللَّهُ تَعَالَى وَيُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَيَدْعُو بِمِقْدَارِ إِسْرَاعِ سُورَةِ الْبَقَرَةِ ثُمَّ يُثَنِّي بِالْوُسْطَى كَذَلِكَ؛ إِلا أَنَّ وُقُوفَهُ أَمَامَهَا ذَاتَ الشِّمَالِ ثُمَّ يُثَلِّثُ بِجَمْرَةِ الْعَقَبَةِ كَذَلِكَ إِلا أَنَّهُ يَرْمِيهَا مِنْ أَسْفَلِهَا فِي بَطْنِ الْوَادِي وَلا يَقِفُ لِلدُّعَاءِ فَتِلْكَ السُّنَّةُ ...

هذه الكيفية مستندها الاتباع. وفي البخاري عن ابن عمر أنه كان يرمي الجمرة الأولى بسبع حصيات يكبر في إثر كل حصاةٍ ثم يتقدم حتى يسهل فيقوم مستقبل القبلة، فيقوم طويلاً ويدعو ويرفع يديه، ثم يرمي الوسطى فيأخذ ذات الشمال فيسهل ويقوم مستقبل القبلة ويرفع يديه، ويقوم طويلاً ثم يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي، ولا يقف عندها ثم ينصرف ويقول: هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله. وروى البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن يزيد النخعي، أنه حج مع ابن مسعود، فرءاه رمى الجمرة الكبرى بسبع حصيات؛ الكبرى بسبع حصيات، فجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه، ثم قال: هذا مقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة صلى الله عليه وسلم.

قوله: (**وَفِي رَفْعِ يَدَيْهِ قَوْلانِ**) مذهب المدونة عدم الرفع، وفي الحديث الأول دليل على الرفع.

قوله: ثم (**يُثَنِّي بِالْوُسْطَى كَذَلِكَ**) أي يرميها من فوقها كالأولى. قال في الجواهر: والذكر والدعاء؛ أي: في الثانية كفعله عند الجمرة الأولى. واختار ابن حبيب أن يكون وقوفه دون الأول؛ لفعل ابن مسعود رضي الله عنه انتهى. وذكر غيره أن ابن مسعود كان يقف في الأولى مقدار قراءة سورة الفاتحة مرتين، وفي الثانية مرة. وفي الموطأ

عن عمر وابنه رضي الله عنهما أنهما كانا يقفان عندهما قدر ما يقرأ الرجل السريع سورة البقرة، وما ذكره من أنه يقف في الثانية ذات الشمال هو الذي ذكره الباجي ونسبه لمالك في المختصر، واقتصر عليه ابن الجلاب وصاحب الكافي والتونسي، وهو الذي ذكره ابن يونس وعزاه لابن المواز. وقال اللخمي: إذا رمى الأولى والوسطى تقدم أمامها. وقال محمد في الوسطى يتقدم أمامها ذات الشمال.

ابن عبد السلام: قال غير واحد من الشيوخ: إن مذهب مالك وقوفه في الوسطى كوقوفه في الأولى. والميل ذات الشمال هو مذهب ابن المواز، وإن لم يقف ولم يدع فلا حرج عليه.

وقوله في جمرة العقبة: (**يَرْمِيهَا مِنْ أَسْفَلِهَا**). **ابن المواز**: ومن لم يصل لزحام الناس فلا بأس أن يرميها من فوقها، وقد فعله عمر لزحام الناس. ثم رجع مالك فقال: لا يرميها إلا من أسفلها، فإن فعل فليستغفر الله سبحانه.

وقوله: (**وَلا يَقِفُ لِلدُّعَاءِ فَتِلْكَ السُّنَّةُ**) ظاهر. **الباجي**: ويحتمل أن يكون ذلك من جهة المعنى أن موضع الجمرتين الأولتين فيه سعة للقيام لمن يرمي. وأما جمرة العقبة فموضعها ضيق، ولذلك لا ينصرف الذي يرميها من طريقه؛ لأنه يمنع الذي يأتي للرمي، وإنما ينصرف من أعلى الجمرة.

وَيُكْثِرُ الْحَاجُّ بِمِنًى ذِكْرَ اللَّهِ تَعَالَى وَقْتاً بَعْدَ وَقْتٍ

ابن حبيب: وأفضل ذلك أن يقول: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر ولله الحمد. وفي الموطأ أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه خرج الغد من يوم النحر حين ارتفع النهار شيئاً، فكبر، فكبر الناس بتكبيره، ثم خرج الثانية من يومه ذلك بعد ارتفاع النهار، فكبر، فكبر الناس بتكبيره. ثم خرج الثالثة حين زاغت الشمس فكبر، فكبر الناس بتكبيره، حتى يتصل التكبير، ويبلغ البيت، فيعلم أن عمر قد خرج يرمي. قال في النوادر: وبين منى ومكة ستة أميال.

وَأَهْلُ مَكَّةَ فِي التَّعْجِيلِ كَغَيْرِهِمْ عَلَى الأَصَحِّ

القولان لمالك. روى عنه ابن القاسم أنه قال: لا أرى ذلك لهم، إلا أن يكون لهم عذر من تجارة أو مرض. **ابن القاسم** في العتبية: وقد كان قال لي قبل ذلك: لا بأس به، وهم كأهل الآفاق وهو أحب إلي. ودليله عموم قوله تعالى: ﴿ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ [البقرة:٢٠٣].

فرع:

ولا خلاف في جواز التعجيل لأهل الآفاق إن لم يبيتوا بمكة. وكذلك إن باتوا بها على المشهور خلافاً لابن الماجشون وابن حبيب في قولهما: ومن بات منهم بمكة فقد خرج من سنة التعجيل، ووجب عليه أن يرجع فيرمي مع الناس في اليوم الثالث.

ابن حبيب: وإن لم يرجع فعليه الدم. **ابن راشد**: وعلى قول ابن حبيب يلزمه دم آخر؛ لأجل ترك المبيت، ونحوه للباجي.

وَرَمْيُ الثَّالِثِ، وَمَبِيتُ لَيْلَتِهِ سَاقِطٌ عَنِ الْمُتَعَجِّلِ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: يَرْمِي عَقِيبَ رَمْيِهِ فِي الثَّانِي ....

تصوره ظاهر. قال في النوادر بعد قول ابن حبيب: وليس هذا قول مالك ولا أعلم من ذهب إليه من أصحابنا انتهى. وذكر بعض أصحابنا المتاخرين أنه يدفن الحصى إذا تعجل وليس بمعروف.

وَقَالَ مَالِكٌ: لا يُعْجِبُنِي لإِمَامِ الْحَاجِّ أَنْ يَتَعَجَّلَ

هذا لمالك في الموازية [١٩٤/ ب] وهو ظاهر؛ لأنه متبوع فلو تعجل لتبعه أكثر الناس، ويقتدي به من لم تكن نيته التعجيل فيؤدي إلى تضييع إحياء تلك الشعيرة في اليوم الثالث.

وَإِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ فِي الثَّانِي فَلا يَتَعَجَّلُ

لأن الليلة إنما أمر بالمقام فيها من أجل رمي النهار، فإذا غربت الشمس فكأنه التزم رمي اليوم الثالث، ولأنه لا يصدق عليه أنه تعجل في يومين. قال في النوادر: ومن الموازية: فإذا جاوز العقبة ثم غربت الشمس فلا شيء عليه، وإن شاء طاف ليلاً وانصرف، ومن أفاض وليس شأنه التعجيل فبدا له بمكة أن ينفر فذلك له ما لم تغرب عليه الشمس بمكة، فإن غابت فليقم حتى يرمي من الغد، ولو رجع إلى منى ثم بدا له قبل الغروب أن يتعجل فذلك له وهي السنة. ومنه ومن العتبية ابن القاسم عن مالك: ومن تعجل فأتى فأفاض وانصرف وكان ممره على منى فلم ينفر عن منى حتى غابت الشمس فلينفر ولا يضره. قال في كتاب محمد: وكذلك لو لم يكن ممره، إلا أنه نسي بها شيئاً فرجع له فغابت عليه الشمس فيها فلينفر ولا يضره انتهى.

وَأُرْخِصَ لِلرُّعَاةِ أَنْ يَنْصَرِفُوا بَعْدَ جَمْرَةِ يَوْمِ النَّحْرِ وَيَأْتُونَ ثَالِثَةً فَيَرْمُونَ لِلْيَوْمَيْنِ، وَقَدْ قَالَ مُحَمَّدٌ: وَيَرْمُونَ بِاللَّيْلِ ....

يعني: ويجوز لرعاة الإبل إذا رموا جمرة العقبة أن يخرجوا عن منى إلى رعيهم، ويقيمون ليلتهم وغدوهم، ثم يأتون من الغد في اليوم الثالث من يوم النحر، فيرمون لليوم الذي مضى وليومهم الذي هم فيه ثم يتعجلون إن شاءوا أو يقيمون. وقال محمد ابن المواز: ويجوز لهم ذلك ويجوز لهم أن يأتوا ليلاً ويرمون ما فاتهم ذلك.

وَلِلرَّمْيِ وَقْتُ أَدَاءٍ وَقَضَاءٍ وَفَوَاتٍ، فَأَدَاءُ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الْغُرُوبِ، وَاللَّيْلُ قَضَاءٌ لا أَدَاءٌ عَلَى الْمَشْهُورِ فَلَوْ رَمَى قَبْلَ الْفَجْرِ أَعَادَ وَكَذَلِكَ النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ، وَأَفْضَلُهُ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى الزَّوَالِ ....

مراده بـ(**أداء**) ما له أن يؤخره فيه ولا يلزمه دم، وبـ(**القضاء**) ما لا يجوز له التأخير إليه، وإن فعل فعليه دم، وبـ(**الفوات**) ما لا يرمي فيه بوجه. وفي جعل الفوات وقتاً للرمي نظر.

وقوله: (**فأداء جمرة العقبة من طلوع الشمس إلى الغروب**) ظاهر (**والليل قضاء على المشهور**) فيلزم الدم. والقولان في المدونة. والمشهور هو اختيار ابن القاسم.

ابن يونس: ولم يختلف قول مالك فيمن ترك جمرة العقبة إلى الليل أن عليه الدم، وإنما اختلف قوله إذا ترك بعضها وقاله غير واحد من القرويين. وقال بعضهم: يدخله الاختلاف. والأول أبين. وأما يوم ثاني النحر فسواء ترك جمرة واحدة أو الثلاث أن اختلاف قول مالك هل يدخله في وجوب الدم عليه أم لا؟ وهو في الأمهات بين. ووقع في بعض المختصرات إنما اختلف قول مالك في ترك جمرة واحدة فقط انتهى.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ**) أي: لا فرق بينهم وبين الرجال.

وقوله: (**وَأَفْضَلُهُ مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى الزَّوَالِ**) **ابن عبد البر**: أجمعوا أن وقت الاختيار في جمرة العقبة من طلوع الشمس إلى زوالها وأنه إن رماها قبل الغروب فلا شيء عليه، إلا أن مالكاً قال: يستحب له إن ترك جمرة العقبة حتى أمسى أن يهرق دماً يجيء به من الحل.

ابن عبد السلام: ولا يريد بقوله: أمسى ما بعد الغروب بل العَشِي، وذلك لأنه أعقبه بقوله: واختلفوا إذا رماها بعدما غابت الشمس. ووقع لابن القاسم في العتبية: إذا زالت الشمس يوم النحر فقد فات الرمي إلا لمريض أو ناس، وهو محمول على فوات وقت الفضيلة.

وَأَمَّا غَيْرُهَا فَمِنَ الزَّوَالِ إِلَى الْغُرُوبِ، فِي اللَّيْلِ الْقَوْلانِ وَأَفْضَلُهُ عَقِبَ الزَّوَالِ

تصوره ظاهر. و(**ال**) في القولين راجعة إلى أنه في الليل هل هو قضاء أو لا؟

وقوله: (**عَقِبَ الزَّوَالِ**) أي: قبل صلاة الظهر، قاله في الموازية والواضحة.

ابن المواز: ولو رمى بعد أن صلى الظهر أجزأه. زاد في الواضحة: وقد أساء.

وَالْقَضَاءُ فِي الْجَمِيعِ إِلَى آخِرِ الرَّابِعِ، وَإِلا فَاتَ وَلا قَضَاءَ لِلرَّابِعِ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ: قَضَاءُ كُلِّ يَوْمٍ ثَانِيَةٌ ....

يعني: أن من ترك جمرة أو أكثر سواء كانت جمرة العقبة أو غيرها حتى خرج وقتها - قضاها بعد ذلك إلى أن تغرب الشمس من اليوم الرابع. وإن لم يقض حتى غربت الشمس من الرابع فقد فات القضاء. وهذا معنى قوله: (**وَإِلا فَاتَ**) وهذا هو المشهور. وقال أبو مصعب: من نسي جمرة رماها متى ما ذكر كمن نسي صلاة. وعلى قوله فإنما يكون للرمي وقتان؛ وقت أداء ووقت قضاء.

قوله: (**وَقَالَ الْبَاجِيُّ: قَضَاءُ كُلِّ يَوْمٍ ثَانِيَةٌ**) ووقع هكذا في بعض النسخ بنون وياء بعد الألف، وفي بعضها: (**تالية**) بلام وياء بعد الألف. ونقل ابن الأنباري أنهما بمعنى واحد. **ابن عبد السلام**: وفيه نظر يمنع من ذكره عدم وجود هذا الكلام في المنتقى تصريحاً أو تلويحاً وكذلك قال ابن هارون: أنه لم يره، وإنما حكى الباجي في المنتقى المشهور، ولعله اطلع عليه في غير المنتقى. **خليل**: ويمكن أن يكون النظر الذي أشار إليه ابن عبد السلام هو أنه باللام يكون المراد الليل لتلوه اليوم، وبالنون اليوم الآتي بعد يوم الفوات والله أعلم.

فَمَتَى بَدَأَ بِالْحَاضِرَةِ أَتَى بِالْمَنْسِيَّةِ وَمَا بَعْدَهَا فِي يَوْمِهَا، وَأَعَادَهَا، وَلا يُعِيدُ مَا بَيْنَهُمَا كَمَا فِي الصَّلاةِ ....

مثاله: لو نسي الجمرة الأولى في ثاني النحر ورمى اليوم الثالث واليوم الرابع، فإنه يأتي بالمنسية والجمرتين اللتين في يومها (**وَأَعَادَهَا**) أي: المفعولة في اليوم الرابع (**ولم يعد ما بينهما**) أي: بين المنسية [١٩٥/أ] والحاضرة، وهي جمار اليوم الثالث لخروج وقته. ومثاله في الصلاة لو نسي الصبح، وصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء، ثم ذكر الصبح، فإنه يصلي الصبح، ويعيد المغرب والعشاء؛ لبقاء وقتهما، ولا يعيد الظهر والعصر لخروج وقتهما، وفي قوله: (**فِي يَوْمِهَا**) فائدة؛ لأنه لو اقتصر على قوله: (**وَمَا بَعْدَهَا**) لتوهم في

المثال المفروض أنه يعيد جمرات اليوم الثالث. وعلى هذا فقوله: **(وَلا يُعِيدُ مَا بَيْنَهُمَا)** يجري مجرى البيان، لقوله: **(فِي يَوْمِهَا)** والضمير في **(بَعْدَهَا)** وفي **(يَوْمِهَا)** عائد على **(المنسية)** والضمير في **(أَعَادَهَا)** عائد على الحاضرة. والإشارة بقوله: **(كَمَا فِي الصَّلاةِ)** إلى مجموع شيئين إعادة الحاضرة وعدم إعادة ما بينهما. وما ذكره من عدم إعادة رمي اليوم الثالث هو المشهور. وفي الجواهر قول أنه لا يعيد. فإن قلت: لِمَ يُعِيدُ ما بعد المنسية من يومها والفرض أنه مفعول قد خرج وقته، ألا ترى أنه لا يعيد في الصلاة ما فعله بعد المنسية من ذلك اليوم إذا خرج وقته؟! فالجواب أن هذا مبني على وجوب الترتيب في رمي الجمار مطلقاً، ولو كان الإخلال به على سبيل السهو.

التونسي: وانظر إذا نسي حصاتين من الأولى فذكر من الغد وقد رمى ولم يكن للغروب إلا اليسير، فرمى الحصاتين ورمى الثانية والثالثة ولم يبق من النهار ما يعيد فيه من رمي يومه هذا إلا جمرة واحدة يجعلها الأخيرة وهي العقبة لتأكدها أو يكون لَمَّا أدرك بعض الوقت صار كأنه مدرك لجميعها، إذا قدرنا أن الجمار كلها كجمرة واحدة، كمن صلى ما فاته وبقي له قدر ركعة أنه يقضي العصر كلها، أو يقال: لا يلزمه شيء؛ لأنه لما لم يدرك الجمار الثلاث قبل غروب الشمس أشبه ما لو ذكر ذلك بعد الغروب، إذ الرمي لا يكون في هذا المعنى بالليل، فانظر في ذلك.

فائدة:

قد تقدم أن للرمي ثلاثة أوقات. ويزاد على ذلك رابع، وهو وقت استدراك لحصول الترتيب وهو ما نحن فيه.

وَإِذَا نَسِيَ الأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَعَادَ مَا بَعْدَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: إن نسي الجمرة الأولى أو الوسطى فالمشهور أنه يأتي بها نسيه ويعيد ما بعده. وتبع المصنف في ذكر القولين وتعيين المشهور، ابن بشير قال: وسبب الخلاف هل

الترتيب من باب الأولى أو من باب الأوجب؟ وعلى هذا فيتفق على الأمر بالإعادة، وإنما يختلف هل ذلك على الوجوب أو الاستحباب؟ وهكذا قال ابن راشد. وهذا الفرع محمول على ما إذا ذكر في يوم الجمرة المنسية؛ لأنه قد تقدم الكلام على ما إذا خرج الوقت ولأنه فرض هذا الفرع في الجواهر كذلك.

خليل: ولم أر في ابن يونس واللخمي والبيان إلا وجوب الإعادة، وهو مبني على وجوب الترتيب في الجمار. واقتصر الباجي على وجوب الترتيب، فقال: الترتيب بين الجمار واجب كركعات الصلاة.

فَلَوْ كَانَتْ حَصَاةً لم يَكْتَفِ بِرَمْيِ حَصَاةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَثَالِثُهَا إِنْ كَانَ فِي يَوْمِ الْقَضَاءِ اكْتَفَى ....

أي: فلو كان المنسي حصاة من إحدى الثلاث، وقد ذكر من يومه أو من الغد لم يكتف برمي حصاة على المشهور بل لابد من إعادة الجمرات كلها. وقيل: يكتفي برمي حصاة، ويعتد بست في الجمرة الأولى بناءً على أن الفور في الجمرة واجب أو مستحب. وذكر المصنف أن المشهور عدم الاكتفاء، وفيه نظر، وقد صرح الباجي وابن بشير بأن الاكتفاء هو المشهور، وكذلك قال ابن راشد وغيره، وبه صرح في الجواهر.

قوله في القول الثالث: (**إِنْ كَانَ فِي يَوْمِ الْقَضَاءِ اكْتَفَى**) عكس المنقول، وممن نقل العكس الباجي وابن بشير وابن شاس وابن راشد، وابن عبد السلام. ووقع في بعض النسخ: (**إن كان يوم القضاء لم يكتف**) وهو الصواب، وهو قول ابن القاسم في المدونة. ووجهه أنه لو قيل بالاكتفاء في يوم القضاء يلزم أن يكون بعض الجمرة أداء وبعضها قضاء، بخلاف يوم الأداء. فإذا تقرر هذا علمت أن الترتيب والفور هنا على العكس من الوضوء؛ لأن الترتيب هنا واجب والفور ليس بواجب والله أعلم.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ إِذَا لَمْ يَذْكُرْ مَوْضِعَهَا أَعَادَ جَمَرَاتِ الْيَوْمِ كُلَّهَا إِلا الأُولَى، فَإِنَّهُ تُجْزِئُهُ حَصَاةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَرَجَعَ عَنْهُ، وَقَالَ: وَالأُولَى ...

يعني: أن من ترك حصاة ينقسم إلى قسمين، **الأول**: أن يذكر من أي جمرة هي، وقد تقدم حكمه. **والثاني**: أن لا يعرف من أي جمرة هي، والكلام الآن فيه، والقولان في المدونة ونصها: قال ابن القاسم: وإن ذكر أنه نسي حصاة من أول يوم لا يدري من أي جمرة، فقال مالك: يرمي الأولى بحصاة ثم يرمي الوسطى والعقبة بسبع سبع، وبه أقول. ثم قال: يرمي كل جمرة بسبع سبع انتهي. وما شهره المصنف هنا صحيح. وقد صرح الباجي وغيره بمشهوريته. وهو يخالف ما شهره المصنف في الفرع السابق.

ابن بشير: وتردد اللخمي هل يجري هذان القولان في المسألة الأولى إذا علم موضعها أو لا؟ وهو مقتضى الكتاب. والفرق أنه إذا علم الموضع قصد بتلك الحصاة سد ذلك الموضع. وأما إذا لم يعلم لم تحصل له صورة يعول فيها على الترتيب فأعاد الجميع انتهى.

خليل: وفيه نظر، والظاهر أن لا فرق في ذلك؛ لأنه إذا رمى الأولى بحصاة، فإن كانت منها فقد حصل له ما يعول عليه في الترتيب، وإن لم تكن منها فالأولى تامة لا خلل فيها قاله ابن راشد.

فرعان:

الأول: قال الأبهري: ومثل هذا الفرع من بقيت في يده حصاة لا يدري موضعها.

الثاني: وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه إن رمى الأخيرة، ثم الوسطى، ثم الأولى أعاد الوسطى ثم الأخيرة، ولو رمى الأولى ثم الأخيرة [١٩٥/ ب] ثم الوسطى أعاد الأخيرة.

التونسي: لم يضره تفرقته بين الأولى والثانية بما فعل من رمي الأخيرة؛ لأنه لم يتصل عمله برمي الثانية بعد الأولى لإدخاله بينهما الثالثة. فانظر هل تكون تفرقته بين الأولى والثانية

كتفرقته بين عمل الأولى إذا رمى بعض الثانية قبل تمام الأولى، على القول الذي يقول في هذا أنه يبتديء لدخوله في الثانية قبل تمام الأولى انتهى.

ابن يونس: قال ابن المواز: وإن رمى الجمار كلها، بحصاة حصاة كل جمرة حتى أتمها بسبع سبع فليرم الثانية بست ثم الثالثة بسبع انتهى؛ لأن الأولى صحت، ولأن التفريق الواقع بين حصياتها يسير، وصح من الثانية واحدة وهي الأخيرة التي رماها بعد تمام الأولى، وأبطل الست لوقوعها قبل تمام الأولى وكذلك أبطل الثالثة كلها لوقوعها قبل كمال الثانية، والترتيب بين الثلاث شرط ولم يحصل.

وَفِيهَا: وَلَوْ رَمَى بِخَمْسٍ خَمْسٍ ثُمَّ ذَكَرَ فِي يَوْمِهِ اعْتَدَّ بِالْخَمْسِ الأُوَلِ خَاصَّةً وَكَمَّلَ وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

وهذا مما يدل على أن المشهور في المسألة المتقدمة وهي قوله: (فلو كانت حصاة لم يكتف برمي حصاة) غير ما شهره المصنف.

وقوله: (**فِي يَوْمِهِ**) احترازا من خروجه، فإنه يلزمه حينئذ.

وقوله: (**اعْتَدَّ بِالْخَمْسِ**) أي: فيكمل تلك الجمرة بحصاتين ثم يأتي بالجمرتين بعد ذلك، وما ذكره في المدونة مبني على سقوط الفور، وبالجملة فهذا الفرع مشارك للفرع المتقدم، فليجر عليه والله أعلم.

وَلَوْ رَمَى كُلَّ جَمْرَةٍ بِسَبْعٍ سَبْعٍ - عَنْهُ وَعَنْ صَبِيٍّ - أَجْزَأَه

يعني: إذا رمى عنه بسبع، ثم رمى عن صبي بسبع، أو بالعكس، ثم فعل في الجمرتين الأخيرتين هكذا، فإن ذلك يجزئه، هكذا قاله عبد الملك، قال: وقد أساء. ولو رمى رمياً واحداً عنه وعن الصبي فذكر سند أنه يختلف إذا رمى إنسان عنه وعن مريض هل يجزئ عن نفسه، وعن المرمي عنه، أو لا يجزئ عن واحد منهما؟

خليل: ولعله أشار إلى تخريج هذا على الخلاف فيمن طاف بصبي ينوي به عنه وعن الصبي، وأشار غيره إلى أنه لا يدخله الخلاف الذي في الطائف عنه وعن الصبي، قال: لأنهما هناك طافا معاً أحدهما محمول والآخر بنفسه، وأما هنا فقد وجب عليهما سبعاً سبعاً، لِكُلِ جمرة، فلما اشتركا في فعل واحد بطل، وقد اقتصر في الجلاب على أنه لا يجزئ عن الرامي ولا عن المرمي عنه.

وَلَوْ كَانَتْ حَصَاةً حَصَاةً عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: أن المشهور الإجزاء. ولو رمى عنه حصاة ثم عن الصبي حصاة، وكذلك إلى الآخر. والشاذ لابن القاسم وهو خاص بالصورة الثانية. قال: ويعتد بحصاة من الأولى.

ابن يونس: وقوله غير صحيح؛ لأنه تفريق يسير انتهى.

وقول ابن المواز المتقدم فيما إذا رمى الجمرات الثلاث بحصاة حصاة قريب من المشهور والله أعلم.

وَفِي تَرْكِ الْجَمِيعِ أَوْ جَمْرَةٍ أَوْ حَصَاةٍ هَدْيٌ

ابن عبد السلام: ما قاله المؤلف من لزوم الهدي هو ظاهر المذهب. وحكى ابن المواز عن مالك فيمن ذكر بعد أيام منى - ذبح شاة، فإن ذكر جمرة ذبح بقرة.

محمد: وإن كانت الجمار كلها فبدنة انتهى. ولفظ المدونة: وإن ترك رمي جمرة أو الجمار حتى مضت أيام منى فحجه تام وعليه بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد صام. وأما في حصاة فعليه دم انتهى. وعلى ما قاله ابن عبد السلام يكون كلامه في المدونة محمول على الأول. وقال عبد الملك فيمن ترك حصاة إلى ست فشاة، وإن كانت سبعاً فهو كالجميع فعليه بدنة.

فرع:

ولا يبطل الحج بفوات شيء من الجمار. وقال عبد الملك: من ترك رمي جمرة العقبة أول يوم ورماها من الليل أو من الغد بغير نية لقضاء ما نسي - فإنه يجزئه، وإن لم يرمها في شيء من أيام الرمي، بطل حجه، وخالف في ذلك أصحابه. وقال عنه ابن حبيب: إن لم يرمها يوم النحر حتى أمسى فعليه دم ويرميها في ليلته، وإن ذكرها في اليوم الثاني أو قبل انقضاء أيام منى رماها وعلية بدنة، فإن لم يذكر حتى زالت أيام منى بطل حجه.

وَيَجِبُ الدَّمُ مَعَ الْقَضَاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ

ابن شاس: ولا خلاف في وجوب الدم مع فوات القضاء، ولا في سقوطه مع الأداء، ويختلف في وجوبه وسقوطه مع القضاء انتهى. والقولان لمالك.

وحكى الباجي وغيره قولين آخرين؛ **أحدهما**: التفرقة فإن ذكر قبل النفر فرمى فلا دم عليه، وإن ذكر بعد النفر رجع فرمى وعليه دم، قاله ابن حبيب. **والثاني**: إن تعمد ذلك فعليه الدم، وإن كان ناسيا فلا دم، قاله ابن وهب.

وَلِلْحَجِّ تَحَلُّلانِ أَحَدُهُمَا يَرْمِي جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ وَهُوَ مَاعَدَا النِّسَاءَ وَالصَّيْدَ، وَيُكْرَهُ الطِّيبُ فَلَوْ تَطَيَّبَ فَلا فِدْيَةَ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

يعني: أن للحج تحللين أصغر وأكبر. فالأصغر رمي جمرة العقبة، ويتحلل به إلا من النساء والصيد والطيب لكن يجتنب الأولين على الوجوب، وأما الطيب ففي المدونة: وأكره لمن رمى جمرة العقبة أن يتطيب حتى يفيض، فإن فعل فلا شيء عليه لما جاء فيه. ومقابل المشهور بوجوب الفدية إنما يتحقق إذا كان المنع منه على جهة التحريم. قال في المدونة: فإذا رمى جمرة العقبة فبدأ فقلم أظفاره وأخذ من لحيته أو شاربه واستحد أو طلى

بالنورة قبل حلق رأسه فلا بأس بذلك، ويستحب له إذا حل من إحرامه أن يأخذ من لحيته وشاربه وأظفاره من غير إيجاب، وفعله ابن عمر انتهى. [١٩٦/ أ]

وَالْحِلاقُ أَوِ التَّقْصِيرُ تَحَلُّلٌ وَنُسُكٌ

يعني: أن الحلاق والتقصير يجمع أمرين، وهما النسك والتحلل. ومعنى كونه نسكاً أنه عبادة يطلب إيقاعها في الحج، ويظهر كونه نسكاً بما قاله مالك فيمن لم يقدر على حلق رأسه ولا على التقصير من وجع به فعليه هدي بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد فشاة، فإن لم يجد صام. ويظهر كونه تحللا بأنه لا يجوز الوطء قبله، ولو بعد طواف الإفاضة.

وَالْحَلْقُ يَوْمَ النَّحْرِ بِمِنًى أَفْضَلُ وَلَوْ أَخَّرَهُ حَتَّى بَلَغَ بَلَدَهُ حَلَقَ وَأَهْدَى

لا إشكال أن الحلق بمنى يوم النحر أفضل. وفي أبي داود **أنه عليه الصلاة والسلام رمى جمرة العقبة يوم النحر ثم رجع إلى منزله بمنى فدعا بذبح ثم دعا بالحلاق**. وكلام المصنف هنا كقوله في المدونة: والحلاق يوم النحر بمنى أحب إلي وأفضل، وإن حلق بمكة في أيام التشريق أو بعدها، أو حلق في الحل أيام منى فلا شيء عليه. فإن أخر الحلاق حتى رجع إلى بلده جاهلاً أو ناسياً حلق أو قصر وأهدى انتهى.

التونسي: وقوله: فإن أخر ذلك حتى بلغ بلده فعليه دم. يريد أو طال ذلك. وقيل: إن خرجت أيام منى ولم يحلق فعليه هدي. **ابن يونس**: وقال أشهب: إن حلق في أيام الرمي فلا شيء عليه، وإن حلق بعدها أحببت له أن يهدي. فإن قلت: هل يقيد وجوب الدم بما إذا أخره إلى الحرم كطواف الإفاضة؟ قيل: لا؛ لأن الباجي نقل عن ابن القاسم ما ينفي هذا التقييد، ولفظه: قال ابن القاسم: إذا تباعد ذلك بعد الإفاضة أهدى. وليس لذلك حد، وإن ذكر وهو بمكة قبل أن يفيض فليرجع حتى يحلق ثم يفيض.

فَإِنْ وَطِئَ قَبْلَ فِعْلِهِ أَهْدَى بِخِلافِ الصَّيْدِ

يعني: فإن وطئ قبل الحلاق فعليه هدي ولو طاف طواف الإفاضة. وقوله: (**بِخِلافِ الصَّيْدِ**) يعني: بخلاف ما لو قتل صيداً بعد الإفاضة، وقبل الحلق، فإنه لا يجب عليه جزاؤه؛ لأن تأخير الحلاق لا يمنع من قتل الصيد.

وَالآخَرُ بِطَوَافِ الإِفَاضَةِ، وَهُوَ مَا بَقِيَ إِنْ حَلَقَ

يعني: والتحلل الثاني يكون بطواف الإفاضة، ويحل له ما بقي وهو النساء والصيد والطيب، ولا يضر بقاء الجمار والمبيت اتفاقاً. وقوله: (**إن حلق**) ظاهر، وقد تقدم.

فَإِنْ وَطِئَ قَبْلَ الْحَلْقِ فَعَلَيْهِ هَدْيٌ بِخِلافِ الصَّيْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ

قوله: (**بِخِلافِ الصَّيْدِ**) أي: فلا جزاء فيه إذا أصابه قبل الحلق. والشاذ فيه الجزاء. فإن قلت: ظاهر ما حكاه أولاً أنه لا جزاء في الصيد اتفاقاً وحكى هنا الخلاف، فالجواب: قال ابن راشد: حسن الخلاف هنا لبقاء أيام الرمي وهي محل للخلاف، وهناك قد خرجت أيام الرمي، فصار في حكم القضاء فضعف لذلك.

ولا يَتِمُّ نُسُكُ الْحَلْقِ إِلا بِجَمِيعِ الرَّأْسِ عَلَى الْمَشْهُورِ

لفعله عليه الصلاة والسلام.

سند: والخلاف في استيعاب الرأس حلقاً كالخلاف في استيعابه مسحاً في الوضوء.

وَالتَّقْصِيرُ يُجْزِئُ وَهُوَ السُّنَّةُ لِلْمَرْأَةِ، وَسُنَّتُهُ فِي الرَّجُلِ أَنْ يَجُزَّ مِنْ قُرْبِ أُصُولِهِ، وَأَقَلُّهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جَمِيعِ الشَّعَرِ، فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى بَعْضِهِ فَكَالْعَدَمِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: أن الحلاق للرجل أفضل، ويكفيه التقصير. والمرأة سُنَّتُهَا التقصير ويكره لها الحلاق، هكذا حكى البلنسي في شرح الرسالة. وحكى اللخمي أن الحلق للمرأة ممنوع؛ لأنه مُثلَة لها. أما الصغيرة فيجوز لها الحلق والتقصير.

اللخمي: وكذلك الكبيرة إذا كان برأسها أذى والحلاق صلاح لها.

وقوله: **(وَسُنَّتُهُ فِي الرَّجُلِ أَنْ يَجُزَّ مِنْ قُرْبِ أُصُولِهِ)** كذا نص عليه مالك في الموازية؛ لأن فيها: قال مالك: ليس تقصير الرجل أن يأخذ من طرف شعره، ولكن أن يجز جزاً، وليس مثل المرأة، وإن لم يجزه وأخذ منه فقد أخطأ ويجزئه.

الأبهري: ومعنى ذلك أن يأخذ منه ما يقع عليه اسم التقصير، وليس كذلك بأن يأخذ اليسير من شعر رأسه. **الباجي**: وفيه نظر؛ وذلك لأنه منع أن يفعل من ذلك ما تفعله المرأة يقع عليه اسم التقصير ولو كان الذي يأخذه من أطراف شعره لا يقع عليه اسم التقصير لم يجزه، وقد قال مالك إنه يجزئه، وإنما أراد المبالغة في ذلك على وجه الاستحباب. انتهى.

وظاهر قوله في المدونة: وإذا قصر الرجل فليأخذ من جميع شعر رأسه، وما أخذ من ذلك أجزأه خلاف ما في الموازية. وقد صرح التونسي وابن يونس بأن ما في الموازية مخالف لما في المدونة، وكلام المصنف ظاهر في موافقة الموازية.

قوله: **(فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى بَعْضِهِ فَكَالْعَدَمِ عَلَى الْمَشْهُورِ)** **ابن عبد السلام وابن هارون**: القول بالإجزاء لم نجده منصوصاً. وقد تقدم قول سند أن الخلاف في استيعاب الرأس حلقاً، كالخلاف في استيعابه مسحاً في الوضوء، وهذا يحتمل التخريج والنص.

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ؛ لِتَصْمِيغٍ أَوْ يَسَارَةٍ أَوْ عَدَمٍ تَعَيَّنَ الْحَلْقِ

أي: فإن لم يمكن التقصير؛ لتصميغ - وهو أن يجعل الصمغ في الغاسول ثم يلطخ به رأسه عند الإحرام - أو لقصر الشعر جداً، أو عدم الشعر تعين الحلق، بأن يمر الموسى على رأسه.

قال في المدونة: ومن ضفر أو عقص أو لبد فعليه الحلاق. **التونسي**: الحلاق على هؤلاء واجب. وفي قول المصنف: **(إن لم يمكن لتصميغ نظر)** لإمكان أن يغسله ثم

يقصر، وإنما علل علماؤنا تعين الحلاق في حق هؤلاء بالسُّنَّة. ويحقق لك ذلك أن المرأة لو لبدت فليس عليها إلا التقصير، قاله في الموازية.

وَقَالَ فِي الْمَرْأَةِ تَأْخُذُ قَدْرِ الأُنْمُلَةِ أَوْ فَوْقَهَا، أَوْ دُونَهَا قَلِيلاً

هكذا رواه ابن حبيب عن مالك.

وَالنُّورَةُ تُجْزِئُ، وَقِيلَ لا

هذا هو مذهب المدونة. وقال أشهب: لا تجزئ؛ لأن المحل محل تعبد، فيقتصر فيه على ما ورد واختاره اللخمي.

تنبيه:

قال مالك في الموازية في صفة الحلاق: والشأن [١٩٦/ ب] أن يغسل رأسه بالخطمي والغاسول، وكره ابن القاسم ذلك للمعتمر، وليس بخلاف؛ لأن الحاج قد تحلل بالرمي والمعتمر لم يحصل له تحلل. **ابن حبيب:** وإذا بدأ بالحلق بدأ باليمين، ويبلغ بالحلاق- يريد: وبالتقصير- إلى عظم الصدغين، منتهى طرف اللحية. **ابن راشد:** وفيه نظر؛ لأنه من ناحية الخلع.

وَمَنْ رَجَعَ مِنْ مِنًى نَزَلَ بِأَبْطَحِ مَكَّةَ حَيْثُ الْمَقْبَرَةُ فَيُصَلِّي فِيهِ أَرْبَعَ صَلَوَاتٍ، ثُمَّ يَدْخُلُ مَكَّةَ بَعْدَ الْعِشَاءِ وَوَسَّعَ مَالِكٌ لِمَنْ لا يُقْتَدَى بِهِ فِيهِ، وَكَانَ يُفْتِي بِهِ سِرّاً

قال مالك: إذا رجع الناس نزلوا الأبطح فصلوا به الظهر والعصر والمغرب والعشاء، قيل: هو مستحب عند جميع العلماء. ونقل ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ أنه قال: اختلف قول مالك في التحصيب هل هو مشروع أم لا؟ وينبني على ذلك هل يقصر الصلاة به أو يتم؟ انتهى. ويقال له أيضاً: المحصب. وفي مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: «**نزول الأبطح ليس بسنة، إنما نزله صلى الله عليه وسلم؛ لأنه كان أسمح لخروجه إذا خرج**». وروى أحمد في مسنده **أنه عليه الصلاة والسلام صلى به الظهر**

والعصر والمغرب والعشاء ثم هجع هجعة ثم دخل مكة. والنزول بالمحصب إنما هو لغير المتعجل، وأما من تعجل فلا. رواه ابن حبيب عن مالك. وإذا وافق يوم نفره يوم جمعة فلا أحب للإمام أن يقيم بالمحصب وليدخل مكة ليصلي الجمعة بأهل مكة.

قوله: (**وَوَسَّعَ مَالِكٌ لِمَنْ لا يُقْتَدَى بِهِ فِيهِ**) أي في تركه، وأما من يُقْتَدى به فلا يجب للسنة (**وَكَانَ يُفْتِي بِهِ سِرّاً**) أي: لمن لا يقتدى به؛ لأنه يريد أن لا تشاع عنه الفتوى بذلك خيفة أن يسمع الناس فيتركوه. وجوز مالك تقديم الأثقال إلى مكة؛ لأنها في حكم السفر المباح، بخلاف تقدمها إلى منى يوم التروية أو يوم عرفة.

وَإِذَا عَزَمَ عَلَى السَّفَرِ طَافَ طَوَافَ الْوَدَاعِ وَيُسَمَّى طَوَافَ الصَّدْرِ، وَلا يَرْجِعُ فِي خُرُوجِهِ الْقَهْقَرَى حُرّاً أَوْ عَبْداً، ذَكَراً أَوْ أُنْثَى، كَبِيراً أَوْ صَغِيراً ....

ظاهره أنه يسمى بالاسمين. **ابن عبد السلام**: والأول أشهر، وكره مالك في الموازية من رواية أشهب أن يقال له طواف الوداع، قال: وليقل الطواف. ويسمى طواف الصدر، إما لكونه يصدر بعده السفر، وإما لكونه يعقب الصدر من منى. **ابن السيد**: ويقال: وداع بفتح الواو وكسرها. وكأن الوداع بالكسر مصدر وَادِع وبالفتح الاسم. وفي الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**لا ينفرن أحدكم حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت**» وليس من شرط الأمر به أن يكون في أحد النسكين بل يؤمر به كل من أراد سفراً، مكياً كان أو غيره.

ونبه بقوله: (**وَلا يَرْجِعُ فِي خُرُوجِهِ الْقَهْقَرَى**) على خلاف من استحب ذلك. ودليل المذهب الاتباع.

قوله: (**حُرّاً أَوْ عَبْداً**) أي: يؤمر بطواف الوداع العبد والحر والصغير والكبير والذكر والأنثى. وفي الموطأ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: **لا يصدرن أحد من الحاج حتى يطوف بالبيت فإن آخر النسك الطواف بالبيت.**

وَلَوْ عَرَّجَ بَعْدَهُ عَلَى شُغْلٍ خَفِيفٍ مِنْ بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِمَا لَمْ يُعِدْهُ، أَمَّا لَوْ أَقَامَ وَلَوْ بَعْضَ يَوْمٍ أَعَادَ ....

لأن تعريجه لأجل الشغل الخفيف من ضروريات السفر وكلامه ظاهر. وروي عن مالك إن ودع وأقام إلى الغد فهو في سعة أن يخرج:

وَلَوْ بَرَزَ بِهِ الْكَرِيُّ إِلَى ذِي طُوًى فَأَقَامَ يَوْمَهُ وَلَيْلَتَهُ لَمْ يَرْجِعْ وَإِنْ كَانَ مِنْ مَكَّةَ

أي: وإن كنا نحكم لذي طوى بأنها من مكة؛ لأنه وداع في العادة؛ إذ قد عهد في السفر أن يقيم المسافر بطرف البلد ثم يسري منه.

وَيَرْجِعُ لِلْوَدَاعِ مَا لَمْ يَبْعُدْ، وَرَدَّ لَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ مَرِّ الظَّهْرَانِ

مثل هذا لمالك في المدونة. **الباجي**: وروي عن مالك فيمن نسي الوداع حتى بلغ مر الظهران لا شيء عليه. **ابن القاسم**: ولم يحدّ مالك فيه حداً. وأرى إن لم يَخَفْ فوات أصحابه ولا منعه كريه فليرجع، وإلا مضى ولا شيء عليه، ورد عمر رجلا للوداع من مر الظهران. فحذف المصنف المفعول. **الباجي**: ولعل الذي رده عمر من الظهران، رأى به من القوة على ذلك المكرى، وبين مكة ومر الظهران ستة عشرة ميلا. وقيل: ثمانية عشر.

وَلا دَمَ فِي تَرْكِهِ

لأنه مستحب.

وَيَكْفِي طَوَافُ الْعُمْرَةِ وَالإِفَاضَةِ إِذَا خَرَجَ مِنْ فَوْرِهِمَا

لأن الغرض أن يكون آخر عهده بالبيت الطواف وقد حصل. وهذا كما قلنا: إن داخل المسجد يكتفي بصلاة الفرض، واحترز بقوله: (**إِذَا خَرَجَ مِنْ فَوْرِهِمَا**) مما لو أقام بعد ذلك فإنه يؤمر بالوداع.

وَمَنْ خَرَجَ لِيَعْتَمِرَ مِنْ نَحْوِ الْجُحْفَةِ وَدَّعَ بِخِلافِ نَحْوِ التَّنْعِيمِ

ما ذكره من توديع من خرج إلى الجحفة وشبهها هي رواية ابن القاسم.

الباجي: وقال أشهب ليس عليه وداع، وأما من أراد أن يخرج إلى الحل كالتنعيم والجعرانة، فليس عليه طواف الوداع. **الباجي**: لأن هذا المكان مع قربه إنما يخرج منه للعودة إليه.

التونسي: ولو خرج ليقيم ودع.

تنبيه:

قال الباجي: وقول عمر: إن آخر النسك الطواف بالبيت يحتمل أنه يريد أنه آخر النسك الذي تَلَبَّس به الحاج والمعتمر، ويحتمل أن يريد أنه آخر النسك يُعمَل؛ لأنه بعد انقضاء كل نسك وعند فراق البيت، وإلى الأول يتوجه قول أشهب، وأما قول ابن القاسم فمبني على التأويل الثاني. فقد قال أشهب فيمن أفاض ثم عاد إلى منى للرمي ثم صد فليودع، فإذا طاف هذا الطواف الذي هو آخر نسكه ثم أقام أياماً ثم أراد الخروج فليس عليه أن يودع إلا أن يشاء. فجعل طواف الوداع من جملة حجه [١٩٧/أ] على معنى أنه وداع للنسك وليس لمفارقة البيت. وقد قال ابن القاسم فيمن اعتمر إن خرج فليس عليه طواف وداع، وإن أقام فذلك عليه. فجعل الوداع نسكاً كاملاً لمفارقة البيت انتهى. وما قاله مالك وابن القاسم أظهر؛ لسقوطه عن المكي والمقيم انتهى.

وَيُحْبَسُ الْكَرِيُّ عَلَى الْحَائِضِ وَالنُّفَسَاءِ لِلإِفَاضَةِ لا لِلْوَدَاعِ مَا يُحْكَمُ فِيهِ بِحَيْضِهَا، وَقِيلَ: كَانَ ذَلِكَ فِي الأَمْنِ، فَأَمَّا الآنَ فَيُفْسَخُ ...

يعني: إذا حاضت المرأة أو نفست قبل الإفاضة أو الوداع، فإنه يحبس الكري على أن يقيم بسببها لأجل طواف الإفاضة لا الوداع مدة ما يحكم لها بالحيض مع الاستظهار، فيحبس على المبتدئة خمسة عشر يوماً، وعلى المعتادة عادتها والاستظهار.

ابن المواز: واختلف في قول مالك في الحائض، قال مرة يحبس عليها خمسة عشر يوماً وتستظهر بيوم أو يومين، وقال مرة: شهراً ونحوه.

اللخمي: وليس هذا بالبين؛ لأنها إذا جاوزت الخمسة عشر أو سبعة عشر يوماً كانت في معنى الطاهر، تصوم وتصلي ويأتيها زوجها، ولا فرق بين الحائض والنفساء.

وروي عن مالك في الموازية: لا يحبس على النفساء؛ لأنه يقول: لم أعلم أنها حامل بخلاف الحيض فإنه من شأن النساء. ويحبس عليها في النفاس ستين يوما. واستحسن في سماع أشهب أن تعينه في العلف، وأما الحامل فلا.

التونسي: وحبس الكري إنما يكون في موضع الأمن وأما الخوف فلا يلزمه. وإلى هذا أشار بقوله: **(وَقِيلَ: كَانَ ذَلِكَ فِي الأَمْنِ)** وقال اللخمي: ما قاله مالك محمول على عادتهم من الأكرية ما بين مكة والمدينة؛ لأن الرفاق لا تتغير وهي مارة وراجعة، وأما غير ذلك من السفر إلى مصر والشام فإن للجَمَّالِ أن لا يتأخر، حكاه ابن شاس عن ابن اللباد، وبعضهم عن الشيخ أبي محمد. وينبغي أن يكون تقييداً، وعلى الجبر فيحبس عليها أيضاً من كان ذا محرم منها إلى أن يمكنها السفر قاله الباجي وغيره. وأما الرفقة فقال مالك: إن كان عذرها اليوم واليومين وما أشبه ذلك حبسوا عليها. وإن كان أكثر من ذلك لم يحبسوا. قال مالك في العتبية: وإذا أشترطت عليه عمرة في الحج فحاضت قبلها فلا يحبس على هذه كريها ولا يوضع من الكراء شيئاً. قال في الذخيرة: لأن المقصود الحج.

قال في الجواهر:

فرع: إذا قلنا برواية ابن القاسم فتجاوز الدم مدة الحبس فهل تطوف أو يفسخ الكراء؟ قولان انتهى. والظاهر أنها تطوف ولا وجه للفسخ؛ لأن مدة الحبس هو أقصي مدة الحيض والنفاس والله أعلم.

الْمَحْظُورُ الْمُفْسِدُ الْجِمَاعُ، وَهُوَ مُفْسِدٌ قَبْلَ الْوُقُوفِ مُوجِبٌ لِلْقَضَاءِ وَالْهَدْيِ إِجْمَاعاً، وَالنِّسْيَانُ عِنْدَنَا كَالْعَمْدِ ....

لَمَّا ذكر أفعال الحج أخذ يذكر المحظور المفسد والمحظور المنجبر؛ يعني: أن الإجماع انعقد على أن الوطء إذا وقع قبل الوقوف عمداً يفسد الحج ويوجب الهدي والقضاء، والإجماع على أن الإفساد يستلزم المنع من ذلك بالإجماع، وبقوله تعالى: ﴿ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ ﴾ [البقرة:١٩٨]. والنسيان عندنا كالعمد في الإفساد خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه.

فَإِنْ وَقَعَ بَعْدَهُ وَقَبْلَ طَوَافِ الإِفَاضَةِ وَرَمْيِ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ أَوْ أَحَدِهِمَا فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ إِنْ كَانَ قَبْلَهُمَا مَعاً فِي يَوْمِ النَّحْرِ، أَوْ قَبْلَهُ فَسَدَ، وَإِلا فَلا ....

أي: فإن وقع الوطء بعد الوقوف فله أربع صور:

أولها: أن يقع قبل الإفاضة ورمي جمرة العقبة يوم النحر أو قبله، أي: ليلة المزدلفة.

الثانية: أن يقع قبلها بعد يوم النحر.

الثالثة: أن يقع بعد جمرة العقبة وقبل طواف الإفاضة.

الرابعة: بالعكس وذكر في الجميع ثلاثة أقوال:

الأول: يفسد في الجميع ونسبه ابن عبد السلام لمالك.

خليل: ولم أر من نسب لمالك الفساد إذا وطئ بعد طواف الإفاضة وقبل جمرة العقبة، وإنما هو منسوب لعبد الملك وغيره. فنقل اللخمي عن عبد الملك الفساد وإن خرجت أيام منى، وعن ابن وهب وأشهب: إن وطئ يوم النحر بعد الإفاضة وقبل الرمي أفسد.

ومقتضى كلام الباجي وغيره أنهما وافقا المذهب على عدم الإفساد إذا وطئ قبل الجمرة بعد يوم النحر. **اللخمي:** لأن الإفاضة قبل الرمي لا تجزئ عندهما فصار بمنزلة من

وطئ قبل الرمي والإفاضة، وكذلك لم أر من نسب له الفساد إذا وطئ قبلهما بعد يوم النحر، وإنما نقل عن مالك الفساد إذا وطئ قبل طواف الإفاضة وبعد رمي جمرة العقبة رواه أبو مصعب.

والقول بأنه لا يفسد في الجميع ذكره ابن الجلاب والقاضي أبو محمد عن مالك.

والمشهور مذهب المدونة إن وطئ قبلهما في يوم النحر أو قبله فسد حجه.

قوله: **(وَإِلا فَلا)** أي: وإن لم يطأ قبلهما بل بينهما أو قبلهما بعد يوم النحر لم يفسد. وحاصله أنه يفسد في الصورة الأولى دون البواقي. ولأبي مصعب قول رابع: إن وطئ قبلهما بعد طلوع الفجر فعليه الهدي والعمرة، وإن كان قبل طلوع الفجر فسد.

فإن قلت: ما الفرق على المشهور بين ما إذا وطئ قبلهما يوم النحر أو قبله وبين ما إذا وطئ قبلهما [١٩٧/ ب] بعده؟

قيل: لأنه لما خرج يوم النحر صارت جمرة العقبة قضاءً وصار الطواف كالقضاء لخروجه عن وقته الفاضل المقدر له شرعاً، والقضاء أضعف من المقتضى. ألا ترى أن من أفطر في رمضان عليه القضاء والكفارة، وإذا أفطر في قضاء رمضان فإنما عليه القضاء فقط.

وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الإِفَاضَةِ أَوْ بَعْدَهَا وَقَبْلَ رَكْعَتَيِ الطَّوَافِ أَتَى بِهِمَا مَعاً ثُمَّ عَلَيْهِ عُمْرَةٌ وَهَدْيٌ بَعْدَ أَيَّامِ مِنًى، وَقِيلَ: هَدْيٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الطَّوَافِ وَقَبْلَ الرَّمْيِ فَهَدْيٌ لا عُمْرَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: وَعُمْرَةٌ وَعَلَيْهِ هَدْيٌ آخَرَ إِنْ فَاتَ الرَّمْيُ ....

يعني إذا لم نقل بالإفساد فلا خلاف أن عليه هدياً. واختلف في العمرة على ثلاثة أقوال:

الأول: أن عليه عمرة، كان وطؤه قبل كمال الطواف أو بعده. قاله ابن حبيب.

الثاني: لا عمرة عليه كان قبل الطواف أو بعده، وهو قول القاضي إسماعيل.

الثالث: وهو المشهور ومذهب المدونة إن كان قبل الإفاضة أو بعدها كما لو نسي شوطاً، أو قبل ركعتي الطواف - فعليه العمرة، وإن كان بعد ذلك فلا عمرة عليه.

وقوله: (**أَتَى بِهِمَا**) أي: بالطواف وركعتيه.

وقوله: (**بَعْدَ أَيَّامِ مِنًى**) ظرف للعمرة المأتي بها والهدي، أما العمرة فلما تقدم أنها لا توقع إلا بعد أيام منى، وأما الهدي فليتفق الجابر النسكي والمالي. وقد صرح في المدونة بأنه ينحر الهدي في عمرته، وإنما فرق على المشهور لأنه إذا وطئ قبل كمال الطواف وقع في الطواف خلل فأمر بالعمرة، ليوقع طوافاً صحيحاً في إحرام صحيح بدلا من ذلك الطواف، وأما الهدي فإنه للتحلل الواقع في الإحرام.

وقوله: (**عَلَيْهِ هَدْيٌ آخَرَ إِنْ فَاتَ الرَّمْيُ**) ظاهر التصور.

وَفِي قَضَاءِ الْقَضَاءِ الْمُفْسِدِ مَعَ الأَوَّلِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَمُحَمَّدٍ

يعني: أنه اختلف هل يجب عليه إذا أفسد قضاء الحج أن يأتي بحجتين: **إحداهما** قضاءً عن الحجة الأولى، **والثانية** قضاء عن القضاء المفسد ثانياً؟ وبه قال ابن القاسم؛ لحرمتهما معاً، قال: وعليه هديان. ولم يوجب ابن المواز إلا قضاء الأول؛ لأنه الذي في ذمته والقضاء مقصود له لنفسه، وهو قول ابن وهب وعبد الملك ورجحه عبد الحق واللخمي وغيرهما. واختلف ابن وهب وعبد الملك في الهدي، فقال ابن وهب: عليه هديان وقال عبد الملك: هدي واحد.

وَالْمَشْهُورُ أَنْ لا قَضَاءَ فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ

قد تقدمت هذه المسألة وكأنه أتى بها هنا طلباً للفرق.

ابن راشد: ونبه بقوله: (**وَالْمَشْهُورُ أَنْ لا قَضَاءَ فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ**) على أن المشهور هنا القضاء، والفرق بينهما أن الحج لما كانت كلفته شديدة شَدَّدَ فيه بقضاء القضاء سداً للذريعة لئلا يتهاون فيه. وفرق آخر: أن القضاء في الحج على الفور وإذا كان على الفور صارت حجة القضاء كأنها حجة معينة في زمان معين، فيلزمه القضاء في فسادها كحجة الإسلام، وأما زمان قضاء الصوم فليس بمعين. وفرق أصبغ بفرق آخر فقال: لأن الحج عمل، فإذا أفسده فعليه قضاؤه وليس كذلك انتهى بمعناه.

ابن هارون: ولم ينقل خلافٌ أنه إذا أفسد قضاء صلاة أنه ليس عليه إلا صلاة واحدة.

وَيُفْسِدُ الْعُمْرَةَ أَيْضاً إِذَا وَقَعَ قَبْلَ الرُّكُوعِ، وَيَجِبُ الْقَضَاءُ وَالْهَدْيُ، وَأَمَّا قَبْلَ الْحَلْقِ فَيَنْجَبِرُ بِالْهَدْيِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

لأنه إذا وطئ قبل الركوع فقد وطئ قبل كمال أركانها.

ابن راشد: وسكت هنا عن السعي اكتفاء بذكر الطواف لأنه ركن كما أن الطواف ركن، فإذا فسدت بالوطء قبل كمال الطواف فسدت في أثناء السعي. وإنما وقع الخلاف إذا وطئ بعد السعي وقبل الحلق انتهى. وقد صرح ابن عبد البر في الكافي بفساد العمرة إذا وقع قبل كمال السعي.

وقوله: (**وَيَجِبُ الْقَضَاءُ وَالْهَدْيُ**) ظاهر لا خلاف فيه. ومقابل المشهور القائل بالفساد قبل الحلق رواية عن مالك. ومبنى الخلاف على أن الحلق في العمرة ليس بركن، أو هو ركن.

وَيُنْحَرُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا

أي: في الحج والعمرة. **ابن شاس**: وينحر في حجة القضاء على المشهور. وفي إجزائه قبله خلاف انتهى. فوجه المشهور أنه أمر بالتأخير ليتفق الجَابِرُ النُّسُكِيُّ وَالْمَالِيُّ. والشاذ أنه ينحر في الحجة الفاسدة والعمرة الفاسدة. **ابن عبد السلام**: وهو القياس لأنه إذا وجب

جبراناً وجب مع مجبوره انتهى. **الباجي**: ووقع في العتبية والموازية لمالك من رواية أشهب أن الهدي لا يكون إلا في حجة القضاء.

فرع:

فإن عجله قبل القضاء فقال ابن الماجشون فيمن عجل هدي الفساد قبل القضاء أنه يجزئه، وإن كان أحب إلينا أن يكون مع حجة القضاء. ويحتمل على قول أصبغ في هدي الفوات أن لا يجزئه انتهى كلام الباجي.

وَالْجِمَاعُ وَالْمَنِيُّ فِي الإِفْسَادِ عَلَى نَحْوِ مُوجِبِ الْكَفَّارَةِ فِي رَمَضَانَ، وَإِذَا لَمْ يَفْسُدْ فَالْهَدْيُ لا غَيْرُ، وَرَوَى أَشْهَبُ مَنْ تَذَكَّرَ أَهْلَهُ حَتَّى أَنْزَلَ فَهَدْيٌ فَقَطْ

لا خلاف في الإفساد بالجماع، والإنزال كذلك على المعروف. وقيل: لا يفسد الحج إلا ما يوجب المهر والحد. واختار اللخمي التفصيل؛ إن كان الإنزال عن أمرِ الغالب أن ينزل عنه، أو متردد هل يكون أَوْ لَا - أَفْسَدَ. وإن كان الغالب ألا [١٩٨/ أ] ينزل فأنزل لا يفسد وعليه الهدي. وإنما قال: (**عَلَى نَحْوِ**) لأن الوطء ناسياً لا يفسد الصوم بخلاف الحج. وكأن المصنف يشير إلى أن ما يوجب الكفارة هناك يوجب الفساد هنا، وما يوجب القضاء في الصيام يوجب الهدي هنا. ولا فرق عندنا في الإفساد بين أن يكون المني عن وطء فيما دون الفرج أو قبلة أو مباشرة. وفي المدونة: وإذا أدام المحرم التذكر للذة حتى أنزل أو عبث بذَكَره فأنزل أو كان راكباً فهزته الدابة واستدام ذلك حتى أنزل أو لامس أو قبل أو باشر فأنزل أو أدام النظر للذة حتى أنزل فسد حجه، وعليه الحج من قابل والهدي، وكذلك المحرمة إذا فعلت ما يفعل شرار النساء من العبث بنفسها حتى أنزلت.

ابن بشير: وقد أخذ المتأخرون من هذا أن الاستمناء باليد حرام، لقوله: شرار النساء، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ**

مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون:٥-٦]. فإنما نفى اللوم عمن احتفظ عن غير هذين فدل ذلك على أن ما عداه يتعلق اللوم به. ويؤخذ من قول المصنف **(عَلَى نَحْوٍ)** أنه إن أمنى ابتداءً من غير مداومة النظر والتذكر أن عليه الهدي. وكذلك قال أحمد بن ميسر. قال مالك في العتبية والموازية: ولا يفسد حجه، وأنه إن استدام النظر أو التذكر حتى أمنى أنه يفسد. وكذلك روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية. ولهذا عطف عليه قوله: **(وَرَوَى أَشْهَبُ مَنْ تَذَكَّرَ أَهْلَهُ حَتَّى أَنْزَلَ فَهَدْيٌ فَقَطْ)** أي فلا عمرة.

محمد: وبرواية ابن القاسم أقول، فأما القبلة والمباشرة والجسة والضمة فينزل لمكانه فقد أفسد حجه. **محمد**: وقد قال مالك: من قَبَّلَ امرأته فلم ينزل شيئاً فليهد بدنة، وإن غمزها بيده فأحب إلي أن يذبح في ذلك وكلما تلذذ به.

اللخمي: ولم يختلف إذا لم يكرر النظر ولا التذكر فأنزل ألا يفسد. وعلى هذا إذا قبل مرة أو غمز وشأنه ألا ينزل عند ذلك فأنزل ألا يفسد. وفرق مالك بين الصوم والحج، فقال فيمن نظر أو تذكر ولم يدم فأنزل: عليه القضاء ولا كفارة عليه. وإن أدام ذلك كان عليه القضاء والكفارة. وقال في الحج: إذا لم يدم لم يفسد. ولا فرق بين الموضعين، فإما أن يقال في الجميع لا شيء عليه أو أن ذلك عليه، إلا أن يحمل قوله في قضاء الصوم على الاستحباب ليسارة قضاء الصوم انتهى.

واعترض سند قوله: "وعلى هذا ألا يفسد إذا قبل مرة....إلخ" وقال: هو تخريج فاسد؛ لأن النظر قد يقع فجأة وكذلك الفكر وتغلب اللذة في الإنزال، بخلاف القُبْلَة فإنها لا تكون إلا عن اختيار.

(وَإِذَا قَضَى فَارَقَ مَنْ أَفْسَدَ مَعَهُ الْحَجَّ مِنْ زَوْجَةٍ أَوْ أَمَةٍ مِنْ حِينِ الإِحْرَامِ إِلَى التَّحَلُّلِ)

مثله في المدونة وهو يدل على اختصاص هذا الحكم بتلك المرأة. وقال اللخمي: لا فرق بين تلك المرأة وغيرها زوجة كانت أو سُرِّية؛ لأنه لا يؤمن أن يأتي مثل فعله أولاً انتهى.

وعلل بعضهم ذلك بأن ذلك معاقبة؛ إذ لم يرعيا العبادة، وروى مالك في موطئه عن علي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا أهلا بالحج من عام قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما**». ومعنى (**مِنْ حِينِ الإحرام**) أي: بحجة القضاء، وفيه تنبيه على قول من ذهب من العلماء خارج المذهب إلى المفارقة بينهما من حين الإفساد إلى التحلل، أي طواف الإفاضة. مالك في العتبية: ولا يجتمعان في منزل ولا يتسايران لا في جحفة ولا منى. **ابن القصار**: ولم يبين مالك هل ذلك واجب أو مستحب، وعندي أنه مستحب، واقتصر ابن الجلاب على أنه مستحب.

ابن بشير: ظاهر الكتاب الوجوب؛ معاقبة. وفصّل اللخمي؛ إن صدر ذلك من جاهل بالتحريم فهو مستحب، وإن صدر من عالم بالتحريم فهو واجب ويجبر على الافتراق.

وَمَنْ أَكْرَهَهَا وَهِيَ مُحْرِمَةٌ أَحَجَّهَا، وَكَفَّرَ عَنْهَا، وَإِنْ نَكَحَتْ غَيْرَهُ

زاد في المدونة وإن طاوعته فذلك عليها دونه. **ابن القاسم** في الموازية: وعلى الزوج الثاني الإذن لها في الحج. **فإن قلت**: قد تقدم في الصوم قول بأنه لا يُكَفِّرُ عن المكرَهة، فهل يجري هنا؟ قيل: قال غير واحد: لا. والفرق أن الصوم إذا قضته ليس فيه غرامة مال بخلاف الحج، ولأن الوطء في الحج نسياناً يفسد بخلاف الصوم فإنه لا يوجب الكفارة على المشهور.

فرع:

وإن لم يكن مع الزوج شيء وهي ملية فلابن القاسم في العتبية: ليس عليها حج. وله في الموازية: إذا لم يجد الزوج ما يُحِجُّها به ولا ما يهدي عنها فلتفعل هي ذلك وترجع به عليه. قال بعضهم: بالأقل من ثمن الهدي أو قيمته، وإن صامت في الهدي لم ترجع بشيء؛ إذ الصوم لا عوض له، ولو أطعمت في فدية الأذى لرجعت عليه بالأقل من النسك أو الإطعام. **التونسي**: وانظر لو كان النسك بالشاة أرفق لها حين نسكت وهو معسر ثم أيسر، وقد غلا النسك ورخص الطعام، فقال: إنما أغرم الطعام إذ هو الآن أقل قيمة من النسك الذي نسكت هي به.

ابن يونس: وإذا فَلَّس الزوج فلزوجته محاصة غرمائه بما وجب لها من ذلك، ويوقف ما يصير لها حتى تحج به وتهدي، وإن ماتت قبل ذلك رجعت حصة الإحجاج إلى الغرماء، وأنفذ الهدي عنها انتهى. أما الأمة فطوعها كالإكراه؛ لأنها لا تستطيع المخالفة، رواه ابن القاسم في العتبية والموازية. **عبدالملك**: ولو باعها لكان ذلك عليه لها.

ابن بشير: المنصوص [١٩٨/ ب] جواز البيع. وقال اللخمي: يمنع على قول سحنون في منع بيع العبد المحرم، وقاس التحجير في المال على التحجير في الحال انتهى.

ابن المواز: وإن باعها ولم يبين فهو عيب ترد به وفي السليمانية: إذا لم يُحِجَّها فليبعها ممن يحجها. ولم ينص أصحابنا هنا إلا على أن طوع الأمة كالإكراه. قال في البيان: ويأتي على قول ابن الماجشون في الذي زوج ابنته رجلاً فحبسها وأرسل إليه أمته فوطئها أنها تحد، إلا أن تدعي أنها ظنت أنها زوجة، ألا يكون عليها الحد، هنا أن يحجها، إلا إن كانت طائعة، ويكون ذلك عليها إذا عتقت. على أن ابن عبد السلام نقل في طوع الأمة قولين هل كالإكراه أم لا؟ وظاهره أنهما منصوصان.

وَيَجِبُ الْمُضِيُّ فِي الْفَاسِدِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْفَوْرِ فِي قَابِلٍ تَطَوُّعاً كَانَ أَوْ فَرْضاً

أما وجوب المضي في الفاسد فهو الذي عليه أكثر الفقهاء خلافا لداود. وقوله: (**عَلَى الْفَوْرِ**) في الحج عبارة عن العام القابل. وأما العمرة فعند التحلل؛ لجوازها في جميع السنة.

فَإِنْ لَمْ يُتِمَّهُ ثُمَّ أَحْرَمَ لِلْقَضَاءِ فِي سَنَةٍ أُخْرَى فَهُوَ عَلَى مَا أَفْسَدَ، وَلا يَقَعُ قَضَاؤُهُ إِلا فِي ثَالِثِهِ ....

لأن إحرامه للثاني لم يصادف محلاً. وكلامه ظاهر.

وَلا يَقَعُ قَضَاءُ التَّطَوُّعِ عَنِ الْوَاجِبِ

يعني: إذا تطوع قبل حجة الفريضة ثم أفسده وجب عليه قضاؤه، ولا يجزئه ذلك عن حجة الإسلام؛ لأنه بالإفساد ترتبت في ذمته حجة. وعليه حجة الفريضة. وحجة واحدة لا تجزئه عن اثنين.

وَلا يُرَاعَى زَمَانُ إِحْرَامِ الْقَضَاءِ وَيُرَاعَى الْمِيقَاتُ - إِنْ كَانَ الشَّرْعِيَّ - وَإِنْ تَعَدَّاهُ فَدَمٌ، وَتُرَاعَى صِفَتُهُ مِنْ إِفْرَادٍ وَتَمَتُّعٍ وَقِرَانٍ

أي: فيجوز أن يحرم مثلاً بالقضاء يوم التروية من كان أحرم أولاً من شوال، ويراعي الميقات، فمن كان أحرم أولاً من الجحفة أو غيرها أحرم ثانياً منه. قال في المدونة: إلا أن يكون إحرامه في الأولى أبعد من الميقات، فليس عليه أن يحرم في الثانية إلا من الميقات. وعن هذا احترز بقوله: (**إِنْ كَانَ الشَّرْعِيَّ**) ولو كان أولاً تعدى الميقات، فظاهر قول مالك أنه يحرم من المكان الذي كان أحرم منه. وتأوله اللخمي على أنه كان أحرم منه بوجه جائز كالذي يجاوزه غير مريد، فأما من تعداه أولاً لغير عذر فيؤمر الآن أن لا يتعداه إلا محرماً، وكذلك قال الباجي والتونسي إنه إذا تعداه أولا فلا يتعداه ثانيا إلا محرماً. وأما مراعاة الصفة فظاهر؛ لأنه إنما يقضي ما أفسد.

وَيُجْزِئُ التَّمَتُّعُ عَنِ الإِفْرَادِ لا عَكْسُهُ، وَقِيلَ: وَالْقِرَانُ عَنِ الإِفْرَادِ

يعني: فلو أوقع تمتعاً قضاءً عن الإفراد أجزأه؛ لأنه إفراد وزيادة.

قوله: (**لا عَكْسُهُ**) أي: فلا يجزئ الإفراد عن التمتع. وتبع المصنف هنا ابن بشير لأنه قال: مقتضى الروايات عدم الإجزاء. والذي في النوادر عن الموازية: من تمتع فأَفسَد حجه فقضاه مفرداً - فإنه يجزئه وعليه هديان، هدي التمتع وهدي الفساد قال: وذكره عيسى في العتبية عن ابن القاسم، قال: ويعجل هدي التمتع ويؤخر هدي الفساد إلى حجة القضاء، وكذلك العمرة.

قوله: (**وَقِيلَ: وَالْقِرَانُ**) هذا هو قول عبد الملك، واقتضى كلام المصنف بذكر الواو شيئين. أولهما: أن المشهور عدم إجزاء القران عن الإفراد، وبذلك صرح ابن بشير وابن شاس. وثانيهما: أن عبد الملك يوافق على إجزاء التمتع عن الإفراد، لكن لا أذكر أن ابن الماجشون قال بهذا.

فرع:

قال في النوادر ومن غير العتبية: من حج قارناً فأفسد بالوطء فقضاه مفرداً أو متمتعاً لم يجزأه، وعليه في هذا دمان؛ دم للقران، ودم للتمتع، ويقضي أيضاً قابلاً قارناً ويهدي أيضاً هديين.

تنبيه:

قال في المدونة: وإذا طاف القارن أول ما دخل مكة وسعى ثم جامع فليقض قارناً.

سحنون: ولم لا يكون قد تمت عمرته حين طاف وسعى؛ لأن الطواف والسعي كانا للحج والعمرة جميعاً؟ **اللخمي**: ومعارضة سحنون صحيحة، ولا ينبغي أن يكون عليه من العمرة شيء؛ لأنها تمت بفراغه من السعي فلم يبق إلا الحلاق منع منه بقاؤه على الحج، وإنما أفسد بوطئه بعد ذلك الحج وحده انتهى.

ابن راشد: وفيه نظر؛ لأن الحج إذا فسد فسد طوافه وذلك بعينه للعمرة، ولا يصح أن يكون الطواف فاسداً بالنسبة إلى الحج صحيحاً بالنسبة إلى العمرة، فالممنوع المركب إذا بطل جزء منه سرى البطلان لبقيته.

وَهَدْيُ الْقِرَانِ الْمُفْسَدِ كَالصَّحِيحِ، وَكَذَلِكَ الْمُتْعَةُ بَعْدَ إِحْرَامِ الْحَجِّ وَلا يُؤَخَّرَانِ إِلَى الْقَضَاءِ ....

قد تقدم أنه يتمادى في الفاسد من الحج والعمرة كالصحيح. ومن نتيجة ذلك وجوب دم القران والمتعة، ولا يؤخر الهدي إلى القضاء.

وَلا يُرْتَدَفُ الْحَجُّ عَلَى الْعُمْرَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور مذهب المدونة. ومقابله مذهب عبد الملك. ومعنى كلامه أن من أفسد عمرته وأمرناه بالتمادي فلا يردف عليها الحج على المشهور. وعليه قال ابن المواز: يتم عمرته الفاسدة ثم يقضيها، قال: وإن أحرم بالحج قبل أن يقضيها لزمه، وعليه قضاء عمرته بعد ذلك. ورأى عبد الملك أن العمرة الصحيحة إذا لم تمنع الإرداف فأحرى الفاسدة التي إحرامها كالعدم لولا ما قام الدليل عليه من المضي فيها.

وَمَنْ أَفْسَدَ قَارِناً ثُمَّ فَاتَهُ الْحَجُّ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: عَلَيْهِ أَرْبَعُ هَدَايَا إِذَا قَضَى وَقَالَ أَصْبَغُ: عَلَيْهِ ثَلاثَةٌ وَهُوَ الصَّحِيحُ ....

يعني: إذا أحرم قارناً ثم أفسده وفاته فإن عليه هدياً للفساد، وآخر للفوات، وآخر للقران الثاني، واختلف في هدي القران الأول، فأوجبه ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه واختاره ابن المواز، وأسقطه في رواية أصبغ. **اللخمي**: وهو أحسن. وصححه المصنف؛ لأن القران الأول آل عمله إلى عمرة لم يردها، فصار بمنزلة من تعدى الميقات ثم أحرم بالحج وفاته الحج وآل عمله إلى عمرة، وقد تقدم أن ابن القاسم قال بسقوط الدم.

وفي قوله: (**وَقَالَ أَصْبَغُ**) إيهام أن القول لأصبغ، وليس بظاهر بل رواه ابن القاسم كما ذكرنا. ووقع في بعض النسخ: (**وقال أصبغ عنه**) ولا إشكال عليها. وليس يعني بقوله: (**أَرْبَعُ هَدَايَا إِذَا قَضَى**) أنه ينحر جميعها في القضاء؛ لأن المصنف قد نص في المسألة المتقدمة على أن هدي المفسد لا يؤخر إلى القضاء.

وَإِنْ وَطِئَ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ وَاحِدَةً أَوْ نِسَاءً فَهَدْيٌ وَاحِدٌ بِخِلافِ الصَّيْدِ وَغَيْرِهِ

يعني: أنه إذا أفسد حجه ثم تكرر منه الوطء في امرأة أو نساء فليس عليه إلا هدي واحد للفساد الواقع بأول وطء، إذ الفاسد لا يقبل التعدد. وانظر هل يتخرج فيها قول

آخر بتعدد الهدي إذا وطئ ثانياً بعد إخراج الهدي من الشاذ في الصوم القائل بتعدد الكفارة إذا وطئ بعد إخراج الكفارة؟ وقوله: (**بِخِلافِ الصَّيْدِ**) أي: فإنه يتعدد لأنه عوض عما أتلفه.

وقوله: (**وَغَيْرِهِ**) أي: فدية الأذى؛ لأنها عوض عن الترفه وهو يقبل التكرار.

وَلَوْ أَفْسَدَ ثُمَّ حَلَقَ وَتَطَيَّبَ مُتَأَوِّلاً أَوْ جَاهِلاً فَفِدْيَةٌ وَاحِدَةٌ بِخِلافِ الصَّيْدِ وَبِخِلافِ الْمُتَعَمِّدِ ....

لأن موجبات الفدية إذا ظن الإباحة فيها أو عزم على التكرار فيها- فليس فيها إلا فدية واحدة، فكذلك إذا أفسد ثم حلق وتطيب متأولاً لأن الإحرام قد سقطت حرمته بالفساد فلم يكن عليه إلا فدية واحدة، وسواء فعل ذلك في مجلس أو مجالس.

قوله: (**مُتَأَوِّلاً أَوْ جَاهِلاً**) يحتمل أن يكون بمعنىً؛ لأن المتأول جاهل بالحكم، ويكون ذكرهما اتباعاً للفظ المدونة، ويحتمل أن يريد بالمتأول من رأى في ذلك مذهب المخالف.

قوله: (**بِخِلافِ الصَّيْدِ**) تقدم، وقوله: (**وَبِخِلافِ الْمُتَعَمِّدِ**) أي: يريد إذا لم يعزم أولاً على التكرار كما سيأتي.

وَيُكْرَهُ مُقَدِّمَاتُ الْجِمَاعِ كَالْقُبْلَةِ وَالْمُبَاشَرَةِ لِلَّذَّةِ وَالْغَمْزَةِ وَشِبْهِهَا وَفِي وُجُوبِ الْهَدْيِ: قَوْلانِ، وَرُوِيَ: مَنْ قَبَّلَ فَلْيُهْدِ فَإِنِ الْتَذَّ بِغَيْرِهِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَذْبَحَ ....

المراد بالكراهة هنا التحريم. **الباجي**: كل ما فيه نوع من الالتذاذ بالنساء يمنع منه المحرم، ثم ما كان منه لا يفعل إلا للذة كالقبلة ففيها الهدي على كل حال، وما كان يفعل للذة وغيرها مثل لمس كفها أو شيء من جسدها فما أتى من ذلك على وجه اللذة فممنوع، وما كان لغير لذة فمباح انتهى بمعناه.

ابن عبد السلام: ولا نجدهم يختلفون في القبلة هنا كما يختلفون في الصيام فليس أحد منهم يجيز القبلة في الإحرام لشيخ ولا لمتطوع.

قوله: (**وَفِي وُجُوبِ الْهَدْيِ: قَوْلانِ**) قد تقدم أن الباجي قال يجب الهدي في القبلة على كل حال. وكذلك قال ابن عبد البر في الكافي: ومن قبل أو باشر ولم ينزل فعليه دم وتجزئه شاة انتهى.

وينبغي أن يقال: إن أمذى فعليه الهدي وإلا فلا. ويحتمل أن تعرى القبلة من الخلاف ويكون الخلاف فيما عداها، ويكون محل الخلاف إذا أمذى. وأما إذا لم يحصل مذي فقد غر وسلم، فانظر ذلك.

قوله: (**وَرُوِيَ**) أي: في الموازية، وهي ظاهرة التصور. ولا شك عليها أن الملاعبة ونحوها أشد من القبلة.

وَيُكْرَهُ أَنْ يَرَى ذِرَاعَيْهَا لا شَعْرِهَا، وَيُكْرَهُ أَنْ يَحْمِلَهَا فِي الْمَحْمَلِ، وَلِذَلِكَ اتُّخِذَتِ السَّلالِمُ، وَلا بَأْسَ بِالْفُتْيَا فِي أُمُورِهِنَّ ....

هذا كله منصوص لمالك في الموازية وهو ظاهر. وكره مالك في الموازية والعتبية للمحرم أن يقلب جارية للابتياع أو لغيره. قال أشهب عن مالك في الكتابين: وله إذا أمن أن يمسك امرأته ورب رجل لا يأمن.

الْمَحْظُورُ الْمُنْجَبِرُ مَا تَحْصُلُ بِهِ الرَّفَاهِيَةُ؛ مِن لِبَاسِ مَخِيطٍ وَشِبْهِهِ وَتَطَيُّبٍ وَتَزَيُّنٍ وَإِزَالَةِ شَعْثٍ ....

لا خلاف أن هذا غير مفسد للإحرام وإن استديم.

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ لِبَاسُ الْمَخِيطِ بِاعْتِبَارِ الْخِيَاطَةِ وَالنَّسْجِ وَالتَّلْبِيدِ كَالدِّرْعِ، وَاللِّبَّادُ مِثْلُهُ، وَالزِّرُّ، وَالتَّخَلُّلُ، وَالْعَقْدُ مِثْلُهُ ....

الأصل في هذا ما رواه مالك وغيره: أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال: «لا يلبس القمص ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا

الخفاف، إلا ألا يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا تلبسوا شيئاً مسه الزعفران ولا الورس». زاد مسلم من رواية ابن عباس رضي الله عنه: «**وإن لم يجد الإزار فليلبس السراويل**» وأخذ به الشافعي ولم يأخذ به مالك لسقوطه من رواية ابن عمر رضي الله عنه. قال في الموطأ: لم أسمع بهذا ولا أرى أن يلبس المحرم السراويل.

ابن عبد السلام: وعندي أن مثل هذه الأحاديث التي نص الإمام عليها أنها لم تبلغه، إذا قال أهل الصحة أنها صحيحة يجب على مقلدي الإمام العمل بمقتضاها كهذا الحديث، وحديث إذن الإمام لأهل العوالي إذا وافق يوم العيد يوم الجمعة. فإن ظاهر كلام الإمام فيها أن المانع من العمل بمقتضاها هو أنها لم تبلغه أو بلغته ولكن قام عنده دليل آخر أرجح منه، ومثل هذا يرجح تقليد غير الإمام في العمل بمقتضى هذا الحديث الخاص [١٩٩/ ب]، وأما الوجه الأول فالأقرب أنه لا يجوز تقليده؛ لأن الاعتقاد الجازم أو الظن القوي أنه لو بلغه ذلك الحديث لأخذ به انتهى باختصار.

وقوله: (**بِاعْتِبَارِ الْخِيَاطَةِ**) أي: إنما يحرم اللبس باعتبار ما خيط له سواء كان معمولاً على قدر البدن أو عضو، فلذلك لو ارتدى بقميص جاز؛ لأنه لم يلبسه باعتبار ما خيط له.

وقوله: (**وَالنَّسْجِ**..... إلخ) أي: ويقوم مقام الخياطة النسج كما يوجد في بعض البرانيس بغير خياطة. **ابن هارون**: وأراد بالنسج صنعة الدرع من الحديد؛ لأن العرب تسمي ذلك نسجاً. وبالتلبيد أن يصنع من اللبد قميصاً بغير خياطة، فيصرف الأول إلى الأول والثاني إلى الثاني.

وقوله: (**وَالزِّرُّ... إلخ**) أي لو عمل للثوب أزراراً أو خلله عليه أو عقده كان في معنى الخياطة.

وَلَوِ ارْتَدَى بِقَمِيصٍ أَوْ جُبَّةٍ جَازَ

لأنه وإن كان مخيطاً لكنه لا باعتبار الخياطة. وفي كراهة الارتداء بالسراويل روايتان. **الباجي**: ووجه الكراهة عندي قبح الزي كما كره لغير المحرم لبس السراويل مع الرداء.

وَفِي الْقِبَاءِ وَإِنْ لَمْ يُدْخِلْ كُمّاً وَلا زِرّاً - الْفِدْيَةُ

لأنه لبس معتاد. ولذلك لو جعل أسفله على كتفه لم تجب. وفي كلامه قلب لأن الكم يدخل فيه. وما ذكره المصنف ليس فيه مخالفة للمدونة كما قال ابن عبد السلام: ولفظها: وأكره أن يدخل منكبيه في القباء وإن لم يدخل يديه في كمه ولا زره عليه؛ لأن ذلك دخول فيه ولباس له؛ لأن قوله: "ولباس له" يوضح أن المراد بـ" الكراهة" التحريم، ولأن فيها: ويكره للمحرم لبس الجوربين، ثم قال: ويكره للمرأة أن تتبرقع وتلبس القفازين. مع أن في ذلك الفدية، فدل على أنه يطلق الكراهة ويريد بها التحريم والله أعلم.

وَجَمِيعُ الأَلْوَانِ وَاسِعٌ إِلا الْمُعَصْفَرَ الْمُفَدَّمَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْمَصْبُوغُ بِالْوَرْسِ وَالزَّعْفَرَانِ، وَلَوْ غُسِلَ وَبَقِيَ أَثَرُهُ، بِخِلافِ الْمُوَرَّدِ وَالْمُمَشَّقِ لا غَيْرِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَكُرِهَ لِلرِّجَالِ فِي غَيْرِ الإحرام ....

يعني بالتوسعة: الإباحة. والمذهب استحباب البياض.

وقوله: (**إِلا الْمُعَصْفَرَ الْمُفَدَّمَ**) هو القوي الصبغ وهو ممنوع للرجال كما ذكر المصنف، فإن لبس الرجل المفدم فالمشهور وجوب الفدية عليه. وروى أشهب عن مالك سقوطها. **اللخمي**: ولم يره من الطيب المؤنث. قال غير واحد: وهو على هذه الرواية

مكروه، وأما المرأة فالمشهور أنه ممنوع في حقها كما ذكر المصنف. وروى ابن حبيب لا بأس أن تلبس المحرمة المعصفر المفدم ما لم ينتفض عليها شيء منه. **مالك**: وإن غسل المفدم جاز لأنه يصير مورداً.

وقوله: (**وَالْمَصْبُوغُ بِالْوَرْسِ وَالزَّعْفَرَانِ**) هو منصوب؛ لأنه معطوف على المعصفر فهو ممنوع. قال في الاستذكار: لا خلاف أنه لا يجوز للمحرم لبس ثوب صبغ بورس أو زعفران. والوَرْسِ نبت باليمن ورائحته طيبة، وصبغه ما بين الصفرة والحمرة، فإن غسل حتى يذهب منه ريح الزعفران فلا بأس به عند جميعهم. وروى ابن القاسم عن مالك كراهة ما بقي من لونه شيء انتهى. قال في المدونة: وإن ذهب لونه كله جاز. وعلى هذا فقوله: (**وَلَوْ غُسِلَ وَبَقِيَ أَثَرُهُ**) هو على رواية ابن القاسم، لكن ابن القاسم إنما روى الكراهة، وظاهر كلام المصنف أنه ممنوع. **فإن قلت**: لم لا تحمل الكراهة فيما رواه ابن القاسم على المنع ويدل على ذلك قوله في المدونة: وما صبغ بالورس والزعفران، فإن الكراهة فيما رواه ابن القاسم على المنع ويدل على ذلك قوله في المدونة: وما صبغ بالورس والزعفران فإن مالكاً كرهه، ثم قال: وما صبغ بالورس والزعفران وغسل وبقي أثر لونه، فإن مالكاً كرهه أيضاً، فعبر بالكراهة قبل الغسل وبعده. قيل: قد نص اللخمي على أنه لا فدية عليه إذا لبسه بعد الغسل، وذلك يدل على أن الكراهة بعد الغسل على وجهها والله أعلم.

وقوله: (**بِخِلافِ الْمُوَرَّدِ وَالْمُمَشَّقِ**). **الباجي**: وأما المورد بالعصفر والمصبوغ بالمغرى أو الممشق. **ابن المواز**: والأصفر بغير زعفران ولا ورس فليس بممنوع لبسه للمحرم؛ لأنه ليس فيه طيب ولا يفعل غالباً إلا إنقاءً للثوب، فيكره للإمام، ومن يقتدى به أن يفعله لئلا يلبس على من لا يعرف فيقتدي به في لبس المصبوغ الممنوع لبسه، رواه محمد عن أشهب انتهى. وعلى هذا فقوله: (**بِخِلافِ الْمُوَرَّدِ وَالْمُمَشَّقِ**) أي: فيجوز إلا لمن يقتدى

به فيكره. وفهم من كلام الباجي أن المورد هو المصبوغ بالعصفر صبغاً غير قوي، وهذا هو المعروف. **ابن راشد**: وقال منذر بن سعيد هو الذي صبغ بالورد.

وقوله: (**لا غَيْرِهِ**) عائد على ما ذكره من الألوان، المفدم والمزعفر والمورس. أي: فلا يمنع غير هذه الألوان.

وقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) عائد على (**الْمُعَصْفَرَ الْمُفَدَّمَ**) يعني: أن جميع الألوان واسع، إلا المعصفر المفدم فإنه ممنوع على المشهور. ومقابل المشهور قول أشهب المتقدم. وفي كلامه قلق. **فإن قلت**: هل يصح أن يريد بمقابل المشهور ما تقدم عن أشهب كراهة ما صبغ بغير زعفران ولا ورس لمن يقتدى به كما قاله ابن هارون؟ **فالجواب**: لا؛ لأن كراهة ذلك لمن يقتدى به ليس مخالفاً للمذهب، وإنما ساقه الأشياخ على أنه وفاق للمذهب، وأن المذهب كراهة ما صبغ بغير ورس ولا زعفران لمن يقتدى به، والأصل فيه ما رواه مالك **أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى طلحة بن عبيد الله وعليه** [٢٠٠/ أ] **ثوب مصبوغ وهو مُحرِم، فقال عمر: ما هذا الثوب المصبوغ يا طلحة؟ فقال طلحة: يا أمير المومنين إنما هو مدر فقال عمر: أيها الرهط إنكم أئمة يقتدى بكم فلو أن رجلاً جاهلاً رأى هذا الثوب لقال: إن طلحة بن عبيد الله كان يلبس الثياب المصبغة في الإحرام: فلا تلبسوا أيها الرهط شيئاً من هذه الثياب المصبغة.**

قال في الاستذكار: ولم يختلف في جواز لبس المصبوغ بالمدر.

خليل: يريد في حق من لا يقتدى به والله أعلم. ومن هنا تعلم أن تمشية ابن راشد ليست بجيدة؛ لأنه قال: قوله: (**بِخِلافِ الْمُوَرَّدِ وَالْمُمَشَّقِ لا غَيْرِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) يعني: أن هذين يجوز الإحرام فيهما ولا يلحق بهما غيرهما من الألوان على المشهور بل الإحرام فيما عداهما مكروه؛ لأن المستحب أن يحرم في البياض. انتهى. لأنه لم يختلف في جواز المصبوغ بالمدر على ما نقل ابن عبد البر، ولا يكره الإحرام في غيرهما، نص عليه ابن الجلاب واللخمي وغيرهما.

وقوله: (**وَكُرِهَ لِلرِّجَالِ فِي غَيْرِ الإحرام**) أي: (**الْمُعَصْفَرَ الْمُفَدَّمَ**) وكذا في المدونة. وأما المعصفر غير المفدم والمزعفر فيجوز لبسهما في غير الإحرام، نص على المورد في المدونة، وعلى المزعفر في غيرهما. قال مالك: ولا بأس بالمزعفر لغير المحرم وكنت ألبسه. وقال في الحديث في النهي عن أن يتزعفر الرجل، هو أن يلطخ جسده بالزعفران.

اللخمي: وروي عنه صلى الله عليه وسلم: **أنه كان يصبغ ثيابه كلها والعمامة بالزعفران.**

وفي قوله: "لا يلبس المحرم شيئاً مسه ورس ولا زعفران" دليل على الجواز لغير المحرم انتهى.

وأما كراهة المعصفر فلما في الصحيحين عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: **رآني رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلي ثوبان معصفران فقال: «إن هذين من ثياب الكفار فلا تلبسهما»**. وفي بعض الطرق: **«ألا كسوتهما بعض أهلك؟ فإنه لا بأس بهما للنساء»**. ومن العتبية والموازية قال مالك: من أحرم في ثوب فيه لمعة من الزعفران فلا شيء عليه وليغسله إذا ذكر. ومن الموازية: لا ينام المحرم على مصبوغ بورس أو زعفران، من فراش أو وسادة إلا أن يُغَشِّيه بثوب كثيف فإن فعل ولم يغشه افتدى إن كان صبغاً كثيراً. والمعصفر أخف من ذلك. ولا أحب أن ينام على ذلك لئلا يعرق فيصيبه، إلا الخفيف لا يخرج على جسده. ولا يتوسد مرفقة فيها زعفران، وكره أن ينام على خشبة مزعفرة قد ذهبت الشمس بصباغتها حتى يغشيها بثوب أبيض.

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُغَطِّيَ رَأْسَهُ - لا وَجْهَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ- بِمَا يُعَدُّ سَاتِراً، وَفِيهَا: لِمَا جَاءَ عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ غَطَّى مَا دُونَ عَيْنَيْهِ، وَتَطَاوَلَ ....

أما تغطية الرأس فلا خلاف في منعها. وذكر المصنف أنه لا يحرم على الرجل تغطية وجهه على المشهور، ولم أدر من أين شهره. فقال ابن بشير: يمنع الرجال من لبس المخيط

وتغطية الوجه والرأس. وقال ابن شاس: وإحرام الرجل في وجهه ورأسه. قال ابن عبد البر: لما تكلم على ما ورد عن عثمان: أجمعوا على أنه لا يُخَمِّر المحرم رأسه واختلفوا في تخمير وجهه، وأخذ مالك بقول ابن عمر ورأى الإحرام في الوجه والرأس، وبه قال محمد بن الحسن، وأجاز عثمان وابن عباس وابن عوف وابن الزبير وزيد بن ثابت وسعيد وجابر رضي الله عنهم للمحرم أن يغطي وجهه. ثم قال: فإن فعل على قول مالك، فقال مالك: من غطى وجهه افتدى. وسئل ابن القاسم عن ذلك فقال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولا أرى عليه فدية لِمَا جاء عن عثمان انتهى. وقال الباجي: إلى المنع ذهب مالك، وإنما ذكر فعل عثمان ليكون للمجتهد طريق إلى الاجتهاد وقال القاضي أبو الحسن: إن ذلك مكروه وليس بحرام. وحكى القاضي أبو محمد في ذلك لمتأخري أصحابنا قولين: الكراهة والتحريم. قال أبو حنيفة: يتعلق الإحرام بالوجه كتعلقه بالرأس. وقال الشافعي: لا تعلق له بالوجه.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم: **قال في الرجل الذي وقصته ناقته وهو محرم: «اغسلوه بماء وسدر، وكفنوه في ثيابه، ولا تخمروا وجهه، ولا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة يلبي»**. ودليلنا من جهة المعنى أن هذا شخص يتعلق به حكم الإحرام، فلزمه كشف وجهه كالمرأة انتهى. وكذلك قال اللخمي: منع تغطية الوجه في المدونة، وقال: إن فعله فعليه الفدية. وقال أبو مصعب وابن القصار وعبد الوهاب: لا شيء عليه. والأول أحسن، واستدل بالحديث المذكور، قال: وذكره مسلم انتهى. وهذا كله يدل على أن المذهب وجوب الفدية بتغطية الوجه. ووقع في المدونة في الحج الأول: ويكره للمحرم أن يغطي ما فوق الذقن، فإن فعل فلا شيء عليه لما جاء عن عثمان. وفي الثالث: ولا بأس بتغطية الذقن للرجل والمرأة. وفي الثالث أيضاً: لو قام فغطى رجلٌ وجهه أو رأسه أو طَيَّبَه أو حلق رأسه ثم انتبه فلينزع ذلك وليغسل

الطيب عنه ولا شيء عليه، والفدية على من فعل به ذلك. وأوجب الفدية على مغطي وجه النائم وأسقطها عمن غطى الذقن أو ما تحت العينين لفعل عثمان، وهكذا رأيته في نسخ عديدة (أو رأسه) وعليها تكلم بعضهم.

ابن عبد السلام بعد ذكره هذا المحل: فمن الشيوخ من حمل المدونة على القولين كما أشار المؤلف. ومنهم من حمل قوله "على ما فوق [٢٠٠/ ب] الذقن" أنه لم يرد تغطية جميعه، وأن الفدية في ذلك، وهذا الوجه أقرب إلى لفظ المدونة. والوجه الآخر أن الموجب لسقوط الفدية عما فوق الذقن مراعاة فعل عثمان، وهو موجود بعينه في تغطية جميع الوجه. انتهى.

تنبيه:

إن ما في الموطأ: عن عثمان أنه غطى وجهه، لا ما ذكره المصنف، والله أعلم من أين أخذه.

وَيَجُوزُ تَوَسُّدُهُ وَسَتْرُهُ بِيَدِهِ مِنْ شَمْسٍ أَوَغَيْرِهِ وَحَمْلُهُ عَلَيْهِ مِمَا لا بُدَّ له مِنْهُ مِنْ خُرْجِهِ وَجِرَابِهِ وَغَيْرِهِ ....

لما ذكر أولاً أن المنع إنما هو إذا غطاه بما يعد ساتراً، ذكر ما احترز عنه. ومعنى (**تَوَسُّدُهُ**) أن يضع خده على الوسادة قال في العتبية: ويكره أن يكب وجهه على الوسادة من الحر.

سند: وإذا لطخ رأسه بالطين افتدى كالعمامة. وسواء غطى جميعه أو بعضه، ولأجل أن ما ذكره المصنف لا يعد ساتراً أجاز مالك في العتبية لمن أذاه الغبار أو مر بجيفة أن يحط يده على أنفه. **اللخمي**: وإن حمل زاده على رأسه وهو من أهل الغنى بخلاً افتدى.

فَإِنْ حَمَلَ لِغَيْرِهِ أَوْ لِتِجَارَةٍ فَالْفِدْيَةُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِلا أَنْ يَكُونَ عَيْشُهُ ذَلِكَ

هذا الذي احترز عنه بقوله: (ما لا بد منه) والظاهر أن قول أشهب تقييد؛ لأنه إذا كان ذلك عيشه صار ضرورة كخرجه وجرابه. وهو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر؛ لقوله: ولا يرخص له في حمل التجارة. قال أشهب: إلا أن يكون عيشه ذلك.

وقال ابن بشير: إن حمل على رأسه شيئاً. فإن كان مختاراً افتدى. وإن كان مضطراً فإن كان لا يجد حاملاً أو لأنه سبب معاشه. فها هنا قولان: وجوب الفدية وسقوطها انتهى.

وَيَجُوزُ اسْتِظْلالُهُ بِالْبِنَاءِ وَالأَخْبِيَةِ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا مِمَّا يَثْبُتُ، وَفِي الاسْتِظْلالِ بِشَيْءٍ عَلَى الْمَحْمِلِ - وَهُوَ فِيهِ - بِأَعْوَادٍ والاسْتِظْلالِ بِثَوْبٍ على عَصاً قَوْلانِ ....

قال في الاستذكار: أجمعوا أن للمحرم أن يدخل تحت الخباء، وأن ينزل تحت الشجرة. واختلفوا في استظلاله على دابته وعلى المحمل، فمنعه مالك وأحمد، وقال ابن عمر: أَضْحِ لمن أحرمت له. وبعضهم يرفعه عنه. قال مالك: وإن استظل في محمله افتدى. وأجاز ذلك أبو حنيفة والشافعي وغيرهما انتهى.

وحكى غيره أيضاً جواز الاستظلال بالفسطاط والقبة وهو نازل. قال مالك: ولا يعجبني أن يستظل يوم عرفة بشيء. وذكر المصنف الاستظلال بشيء على المحمل **(وَهُوَ فِيهِ)** أي والمحرم فيه، يريد سواء كان سائراً أو نازلاً قولين، وكذلك ذكر غيره.

واحترز بقوله: **(فِيهِ)** لأنه كالخباء المضروب، ومَنَعُهُ للسائر ونحوه ليحيى ابن عمر. وظاهر المذهب المنع كما حكاه ابن عبد البر. وقال اللخمي: إن لم يكشف ما على المحارة افتدى.

ولهذا قال مالك: إذا كان الرجل عديلاً للمرأة لا يستظل هو وتستظل هي وقاله ابن القاسم. وروي عن مالك: لا يعجبني أن يجعلا عليهما ظلاً، وعسى أن يكون في ذلك بعض السعة إن اضطرا إلى ذلك.

ابن الحاج في مناسكه: وله أن يرفع فوق رأسه شيئاً يقيه من المطر، واختلف هل له أن يرفع شيئاً يقيه من البرد؟ فوسع في ذلك مالك في رواية ابن أبي أويس في المدونة، ولم ير ذلك ابن القاسم في المدونة أيضاً. وليس له أن يضعه على رأسه من شدة الحر انتهى.

والأقرب جواز ذلك لما في مسلم وأبي داود والنسائي عن أم الحصين قالت: **حججت مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع، فرأيت أسامة وبلالاً، وأحدهما آخذ بخطام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآخر رفع ثوبه يستره من الحر، حتى رمى جمرة العقبة**. ونقل ابن العربي والمازري عن الرياشي أنه قال: رأيت أحمد بن المعذل الفقيه في يوم شديد الحر، وهو ضاح للشمس، فقلت: يا أبا الفضل هذا أمر قد اختلف فيه ولو أخذت بالتوسعة، فأنشأ يقول:

ضحيت له كي أستظل بظله … إذ الظل أمسى في القيامة قالصا

فيا أسفى إن كان سعيك باطلاً … ويا حسرتى إن كان حجك ناقصا

أَمَّا لَوِ اسْتَظَلَّ بِظِلِ جَانِبِهَا سَائِراً أَوْ نَازِلاً جَازَ وَلا فِدْيَةَ

الضمير في (**جَانِبِهَا**) عائد على المحارة المفهومة من السياق. وهذا هو المشهور ومنع سحنون أن يستظل بظل المحمل وهو سائر. ونقل ابن بشير في الاستظلال بالبعير قولين.

وَيَجُوزُ أَنْ يَشُدَّ مِنْطَقَتَهُ إِلَى جِلْدِهِ لِنَفَقَةِ نَفْسِهِ لا لِغَيْرِهِ وَلَه أَنْ يُضِيفَ نَفَقَةَ غَيْرِهِ، فَإِنْ شَدَّهَا لا لِذَلِكَ أَوْ شَدَّهَا عَلَى إِزَارِهِ فَالْفِدْيَةُ ...

قوله: (**لا لِغَيْرِهِ**) أي: لا يبتدئ شدها للغير، وله أن يضيف نفقة غيره بعد شدها لنفسه، وانظر لو شدها ابتداءً له ولغيره، والأقرب سقوط الفدية؛ لأن نفقة غيره تبع كما لو أضاف نفقة غيره بعد نفقته. وحمل ابن عبد السلام: كلام المصنف على أنه لا يجوز أن يشدها لنفقته ونفقة غيره. ولم أر ذلك لغيره. (**وإن شَدَّهَا لا لِذَلِكَ**) أي: لا لنفسه (**أَوْ شَدَّهَا عَلَى إِزَارِهِ**) فعليه الفدية.

اللخمي: وإذا ذهبت نفقته حيث أضاف نفقة الغير إلى نفقته فإنه يرد نفقة غيره، وإلا افتدى. وإن ذهب صاحبها وهو عالم افتدى، وإن لم يعلم فلا شيء عليه، ويبقيها معه. وقد قال ابن القاسم فيمن أودع صيداً وهو حلال فأحرم وقد [٢٠١/ أ] غاب صاحبه - فلا يرسله ويضمنه إن فعل وكذلك النفقة انتهى.

واحترز بذكر النفقة مما لو شدها لشيء كالتجارة، فإنه يفتدي قاله ابن حبيب.

ابن يونس: كما ليس له أن يحمل للتجارة على رأسه.

فَإِنْ شَدَّهَا فِي فَخِذِهِ أَوْ عَضُدِهِ فَمَكْرُوهٌ وَلا فِدْيَةَ عَلَى الْمَشْهُورِ

ما ذكره من الكراهة نحوه في المدونة، والمشهور مذهبها. **اللخمي**: وقال أصبغ: أما العضد فعليه الفدية، والأول أحسن، وكذا نقل صاحب النوادر والتونسي وابن يونس، وهو ظاهر في أن أصبغ إنما يخالف في العضد.

وَالاحْتِزَامُ لِلْعَمَلِ جَائِزٌ، وَلِغَيْرِهِ الْفِدْيَةُ

تصوره ظاهر. وكذلك الاستثفار ممنوع إذا كان لغير ضرورة، وإن فعل فعليه الفدية.

ابن الجلاب: وقد اختلف قوله في ذلك عند الركوب والنزول والعمل فكره ذلك مرة وأجازه مرة أخرى. قيل: لا فدية فيه إن كان لضرورة بالاتفاق.

وَفِي فِدْيَةِ تَقَلُّدِ السَّيْفِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ قَوْلانِ

فهم من كلامه أنه إن تقلده لضرورة فلا فدية عليه. وهو المشهور. وفي الجلاب: عليه الفدية، وأما إن كان لغير ضرورة فقال مالك ومحمد: لا شيء عليه؛ لضعفه عن شبه اللبس.

ابن هارون: وهو أصح لاتفاقهم على سقوط الفدية إذا لبسه لضرورة. ولو كان من ناحية المخيط لافتدى. وقال ابن وهب وأصبغ بالوجوب، هكذا نسب اللخمي إلى أصبغ وجوب الفدية، ونسب ابن يونس إليه عدم الوجوب.

التونسي: وإذا كان في عنقه كتاب فلينزعه إذا أحرم. وألحق اللخمي المنطقة بالسيف. **ابن بشير**: وليس المذهب كذلك؛ لأنه لا يحصل به من الانتفاع مثل ما يحصل من المنطقة بل فيها تفصيل؛ فإن لم يضطر إليها ولبسها فلا خلاف في المذهب في وجوب الفدية، وإن اضطر إليها فهل يفتدي؟ أما إن شدها من فوق إزاره فإنه يفتدي؛ لأنه كلباس المخيط، وإن شدها من تحت الإزار فقولان: **أحدهما** وجوب الفدية؛ لأنه في معنى المخيط. **والثاني** نفيه؛ لأنه لا تحصل بها منفعة. فأشبهت تقليد السيف. انتهى.

وَمَنْ عَصَّبَ جُرْحَهُ أَوْ رَأْسَهُ افْتَدَى

أي: سواء فعل ذلك لضرورة أم لا.

اللخمي: وقال في مختصر ما ليس في المختصر فيمن أصاب إصابعه شيء فوضع عليها حناء أو لفها بخرقة: فلا شيء عليه وهذا أحسن، ولا يدخل هذا في معنى النهي عن لبس المخيط. ونقل غيره في العتبية نحو ما في المختصر، ونقل فيه ربطها عوض لفها. وفصل في الموازية في التعصيب بين الخِرق الصغار والكبار، كما تقدم في اللصق. وفرق التونسي بينهما بأن التعصيب والربط أشد من اللصق، إذ لابد فيهما من حصول شيء على الجسم الصحيح بخلاف اللصق، وأقاموا مما في العتبية جواز الإحرام بالخاتم ليسارة ما يستره. **ابن رشد**: وهو خلاف ما يظهر من الحج الأول حيث أجاز للصبيان الذكور الإحرام وعليهم الأسورة والخلاخل، فإن مفهومه أن ذلك ممنوع في حق الكبار.

وَلَو أَلْصَقَ عَلَى جُرْحِهِ خِرَقاً كِبَاراً افْتَدَى، وَلَوْ جَعَلَ قُطْنَةً فِي أُذُنَهِ أَوْ قِرْطَاساً عَلَى صُدْغَيْهِ لِعِلَّةٍ افْتَدَى ....

قوله: (**كِبَاراً**) أي: ولا فدية في الصغار لعموم الحرج. وجعل في الموازية قدر الدرهم كثيراً. ولا إشكال في عدم وجوب الفدية في الخرق على ما في مختصر ما ليس في المختصر.

قوله: (**وَلَوْ جَعَلَ قُطْنَةً... إلخ**) ظاهر التصور. وعورض إيجابهم الفدية في الأذن مطلقاً بمسألة الخرق، وأجيب بأن ذلك لكثرة انتفاعه بسد الأذن فأشبه الكبير.

وَفِي الْخَاتَمِ: قَوْلانِ

قال في مختصر ما ليس في المختصر لا بأس به. **اللخمي وابن راشد**: والمعروف من قول مالك منعه؛ لأنه بإحاطته للأصبع أشبه المخيط ولذلك أجازوه للمرأة، وحكى ابن بشير قولين في الفدية إذا قلنا بالمنع.

فرع:

ومن العتبية والموازية: ولا بأس أن يتخذ خرقة يجعل فيها فَرجَهُ عند النوم. وهو بخلاف لفها عليه للمني والبول هذا يفتدي، وإن استنكحه ففدية واحدة تجزئه إذا استدامه، ولو اعتمر بعد حجه افتدى لذلك فدية ثانية.

وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ سَتْرُ وَجْهِهَا بِنِقَابٍ وَشِبْهِهِ وَكَفَّيْهَا، وَلَوْ سَتَرَتْهُ بِثَوْبٍ مَسْدُولٍ مِنْ فَوْقِ رَأْسِهَا مِنْ غَيْرِ رَبْطٍ وَلا إِبْرَةٍ وَنَحْوِهَا جَازَ، قَالَ: وَمَا عَلِمْتُ رَأْيَهُ فِي تَجَافِيهِ أَوْ إِصَابَتِهِ ....

صحح الترمذي من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لا تنتقب المرأة في الإحرام ولا تلبس القفازين**».

قوله: (**وَلَوْ سَتَرَتْهُ... إلخ**) يريد بشرط أن تقصد الستر. قال في المدونة: والمحرمة إذا غطت وجهها مثل الرجل، ووسع لها مالك أن تسدل رداءها من فوق رأسها على وجهها إذا أرادت ستراً، فإن لم ترد ستراً فلا تسدل.

ابن القاسم: وما علمت أن مالكاً كان يأمرها إذا أسدلت رداءها أن تجافيه عن وجهها، ولا أنه كان ينهاها عن أن يصيب الرداء وجهها إذا أسدلته. وقول ابن القاسم: وما علمت أن مالكاً كان إلى آخره. يقتضي أنه فهم عن مالك التخفيف في الإصابة بخلاف ما اقتصر عليه المصنف بقوله: (**مَا عَلِمْتُ رَأْيَهُ فِي تَجَافِيهِ أَوْ إِصَابَتِهِ**) فإنه ظاهر في نفي العلم مطلقاً، وإلى ذلك أشار ابن عبد السلام. وقوله في المدونة: إذا أرادت ستراً احترازاً مما لو فعلته لحر أو برد فإن فيه الفدية، نص عليه في الموازية وغيرها. قال في المدونة: وإن رفعته من أسفل وجهها افتدت؛ لأنه لا يثبت حتى تعقده، بخلاف السدل.

وقوله: (**مِنْ غَيْرِ رَبْطٍ**) يعني: فإن ربطته أو غرزته بإبرة ونحو ذلك افتدت.

وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ لُبْسُ الْخُفَّيْنِ، وَالْقُفَّازَيْنِ، فَإِنْ عَدِمَ النَّعْلَيْنِ أَوْ وَجَدَهُمَا غَالِيَيْنِ قَطَعَهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ ....

تصوره ظاهر مما تقدم. قال في المدونة: وليشتر النعلين وإن زيد عليه في الثمن يسيراً، وأما إن تفاحش الثمن فما عليه أن يشتريهما، وأرجو أن يكون في سعة.

ابن يونس: وإن لم يشتريهما في الزيادة اليسيرة وقطع الخفين ولبسهما [٢٠١/ ب] فليفتد؛ لأنه كالواجد للنعلين. وقال ابن حبيب: إنما رخص في قطع الخفين في قلة النعال، وأما اليوم فقد كثرت فلا تعدم، فلا رخصة فيهما، ومن فعله افتدى وقاله ابن الماجشون. **ابن يونس** وغيره: وهو خلاف قول مالك. والصواب قول مالك للحديث. **ابن هارون**: وليس في قول ابن حبيب ما يقتضي المخالفة. وإنما حكى حال وقته أن النعال كثرت فلا تعدم ولا تغلا، وهذا مما لا ينازعه فيه أحد، فإن تغيرت الحال في بعض الأوقات فعدمت النعال أو غلت غلاءً فاحشاً لم يقل أيضاً ابن حبيب ولا غيره أن الفدية تجب عليه في هذه الحالة انتهى. أما لو لبس الخف لضرورة بقدميه وهو يجد نعلين فإنه يفتدي، قاله ابن القاسم.

فإن قلت: قد قالوا هنا لا فدية، وإذا لم يجد إزاراً ولبس سراويل فعليه الفدية فما الفرق؟ **قيل**: لأنه في الخفين حصلت له الغرامة بالقطع فلم تجمع عليه غرامتان بخلاف السراويل. ولهذا ينبغي إذا اشتراهما مقطوعين أن لا تسقط عنه الفدية.

وَلِلْمَرْأَةِ لُبْسُ الْخُفَّيْنِ، وَفِي الْقُفَّازَيْنِ الْفِدْيَةُ عَلَى الْمَشْهُورِ

أما لبس الخفين للمرأة فظاهر، إذ هي مأمورة بستر جسدها كله إلا وجهها وكفيها، والمشهور أن عليها في القفازين الفدية للحديث المتقدم. وقال ابن حبيب: لا أبلغ بهما الفدية، لما جاء فيهما من الرخصة عن عائشة رضي الله عنها. والقفازان ما يعمل على صفة الكف من قطن ونحوه؛ ليقي الكف الشعث.

فرع:

كره مالك في المدونة للمرأة لبس القباء في الإحرام وغيره لحرة أو أمة؛ لأنه يصفهن.

وَيَحْرُمُ التطَّيبُ، وَتَجِبُ الْفِدْيَةُ باسْتِعْمَالِ مُؤَنَّثِهِ كَالزَّعْفَرَانِ وَالْوَرْسِ وَالْمِسْكِ وَالْكَافُورِ ....

أما الطيب فمجمع على تحريمه من حيث الجملة. ومقتضى كلامه أن الطيب كله محرم الاستعمال، غير أن في المؤنث منه الفدية، وفيه نظر؛ لأن حكمه بحرمة الطيب مطلقاً مناف لما سيقول. ويكره شم الريحان وغيره من المؤنث. نعم قوله: (**من غير المؤنث**) يقتضي أن بعض المذكر حرام لإتيانه بـ(مِن) للتبعيض، وهو صحيح. فإن المذكر قسمان مكروه ولا فدية فيه، وهو كالريحان. وقسم محرم وفيه الفدية، وهو الحناء، نص عليه في المدونة وسيأتي.

ابن راشد وغيره: والمؤنث ما يظهر ريحه وأثره، والمذكر ما يظهر ريحه ويخفى أثره.

وَلا يَتَطَيَّبُ قَبْلَهُ بِمَا تَبْقَى بَعْدَهُ رَائِحَتُهُ

يعني: لا يتطيب قبل الإحرام بما تبقى رائحته بعده.

ابن عبد البر: وهذا مذهب عمر، وابنه، وعثمان رضي الله عنهم، وبه قال عطاء، ومحمد بن الحسن، واختاره الطحاوي. وروى ابن عبد الحكم عن مالك: ترك الطيب عند الإحرام أحب إلينا. وعلى المذهب فقال الباجي: إن تطيب لإحرامه فلا فدية عليه؛ لأن الفدية إنما تجب بإتلاف الطيب في وقت هو ممنوع من إتلافه، وهذا أتلفه قبل ذلك، وإنما يبقى منه بعد الإحرام الرائحة وليس ذلك بإتلاف، فتجب فيه الفدية. ورأيت لبعض القرويين أن عليه الفدية؛ لأن استدامته بعد الإحرام كابتداء التطيب، فإن كان أراد بذلك أنه ممنوع في الحالتين فهو صحيح، وإن كان أراد به وجوب الفدية فهو غير صحيح؛ لأن الفدية إنما تجب بإتلاف الطيب أو بلمسه، وأما الانتفاع بريحه فلا تجب به فدية وإن كان ممنوعاً، وكذلك لا تجب الفدية على من مر بالعطارين فشم ريح الطيب.

وَيُكْرَهُ شَمُّ الرَّيْحَانِ وَالْوَرْدِ وَالْيَاسَمِينِ وَشِبْهِهِ مِنْ غَيْرِ الْمُؤَنَّثِ وَلا فِدْيَةَ

إنما كره ذلك لأن الرائحة الطيبة تهيج شهوة النساء، ولم يحرم؛ لأنه لا يساوي الطيب المؤنث. و(**مِنْ**) من قوله: (**مِنْ غَيْرِ الْمُؤَنَّثِ**) للبيان، واحترز من بعض المذكر وهو الحناء فإن فيه الفدية كما تقدم.

وَفِي مَسِّهِ وَلَمْ يَعْلَقْ، أَوْ إِزَالَتِهِ سَرِيعاً قَوْلانِ

وفي مس المؤنث فلم يعلق أو عَلِقَ ولكنه أزاله سريعاً قولان بوجوب الفدية وعدمها. ومذهب المدونة اللزوم قال فيها: وإن مس الطيب بيده افتدى، لصق بيده أم لا. وقيده التونسي بالمسك والكافور وشبههما قال: وأما مثل البان والرياحين أو دهن البنفسج أو الورد فليس في مسه فدية. ولكن إن دهن به أو استعط فعليه الفدية انتهى.

والقول بسقوط الفدية لابن القصار فيما إذا أزاله سريعاً، وأحرى أن يقوله فيما إذا لم يعلق.

وَمَنْ خَضَبَ بِحِنَّاءٍ أَوْ وَسْمَةٍ افتدى، وَلَوْ خَضَبَ الرَّجُلُ أُصْبُعَهُ مِنْ جُرْحٍ بِرُقْعَةٍ صَغِيرَةٍ فَلا فِدْيَةَ ....

قال في المدونة: وإن خضب رجل رأسه أو لحيته بحناءٍ أو بوسمة أو خضبت المحرمة يديها أو رجليها أو رأسها أو طرفت أصابعها بحناء فليفتديا. وإن خضب الرجل أصبعه بحناء لجرح أصابه، فإن كانت رقعة كبيرة افتدى. وإن كانت صغيرة فلا شيء عليه. وإن داوى بما فيه طيب برقعة صغيرة أو كبيرة فليفتدي. بخلاف الحناء؛ لأن الحناء إنما هو طيب مثل الريحان ليس بمنزلة المؤنث من الطيب. انتهى. **والوسمة**: نبت من الشجر كالكزبرة يدق ويخلط مع الحناء، وسميت وسمة من الوسامة وهي الحسن؛ لأنها تحسن الشعر.

وَاسْتُخِفَّ مَا يُصِيبُهُ مِنْ خَلُوقِ الْكَعْبَةِ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي نَزْعِ الْيَسِيرِ، وَلا تُخَلَّقُ الْكَعْبَةُ أَيَّامَ الْحَجِّ، وَيُقَامُ الْعَطَّارُونَ مِنَ الْمَسْعَى فِيهَا ....

يعني: أنه استخف ما يصيب الانسان من خلوق الكعبة كثيراً أو يسيراً ومعنى استخفافه عدم وجوب الفدية به، ثم المصيب إن كان كثيراً فلابد من نزعه، وإن تركه فعليه الفدية. وعن الكثير احترز بقوله: (**وَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي نَزْعِ الْيَسِيرِ**) منه، وإنما لا تخلق الكعبة أيام الحج لكثرة المزدحمين عليها. والضمير المجرور بفي عائد على أيام الحج.

وَفِي الْفِدْيَةِ فِي أَكْلِ مَا خُلِطَ بِالطِّيبِ مِنْ غَيْرِ طَبْخٍ رِوَايَتَانِ، وَفِي الْخَبِيصِ الْمُزَعْفَرِ إِنْ صَبَغَ الْفَمَ قَوْلانِ ....

يعني: أن الطعام المخلوط بالطيب قسمان غير مطبوخ ومطبوخ بالنار. فالأول فيه روايتان بوجوب الفدية وعدمها. والمشهور الوجوب. قال في المدونة: ويكره له أن يشرب شراباً فيه كافوراً، أو يأكل الدقة مزعفرة، فإن فعل افتدى. وكره في المدونة لغير

المحرم أن يشرب الماء الذي فيه الكافور للسرف. وبعدم الفدية قال أشهب. والثاني: إن لم يصبغ الفم فلا فدية وإن صبغ فقولان. **ابن بشير**: والمذهب نفيها؛ لأنه أطلق في المدونة والموطأ والمختصر الجواز في المطبوخ، وأبقاه الأبهري على ظاهره، وقيده عبد الوهاب بغلبة الممازج. **الأبهري**: بشرط أن لا يعلق باليد ولا بالفم منه شيئاً.

الباجي: بعد ذكر ما قلناه: وإذا ثبت ذلك فإن المعاني المعتبرة في استهلاك الطيب على ما ذكره الأبهري: اللون والرائحة. وذكر ابن المواز: اللون والطعم، ويحتمل أن يعتبرا جميعاً الثلاث صفات على حسب ما يعتبر في المياه، ويحتمل أن يعتبر كل واحد منهما ما انفرد بذكره، دون ما ذكره الآخر، فيكون قول الأبهري أن الطيب مقصود الرائحة دون الطعم، ويكون وجه قول محمد أنه لما انتقل إلى حكم الطعام اعتبر فيه الطعم.

وَيُكْرَهُ التَّمَادِي فِي الْمُكْثِ بِمَكَانٍ يَعْبَقُ فِيهِ رِيحُ الطِّيبِ

تصوره ظاهر. وكره ابن القاسم في الموازية أن يخرج في رفقة فيها أحمال الطيب.

ابن القاسم في العتبية: وأحب إلي أن يجعل يده على أنفه إذا مر بطيب.

وَلَوْ بَطَلَتْ رَائِحَةُ الطِّيبِ لَمْ يُبَحْ

كذا في ابن شاس. **ابن عبد السلام**: لأن حكم المنع قد ثبت فيه والأصل استصحابه، كالبول إذا ذهبت رائحته.

وَلا فِدْيَةَ فِي حَمْلِ قَارُورَةِ مِسْكٍ مُصَمَّمَةِ الرَّأْسِ وَنَحْوِهَا

أي: لأنه لا رائحة لها حينئذ. **ابن عبد السلام**: ولعل مراده بنحوها قارورة المسك إذا كانت غير مشقوقة، وفيها للشافعية وجهان.

وَفِعْلُ الْعَمْدِ وَالسَّهْوِ، وَالضَّرُورَةُ وَالْجَهْلُ فِي الْفِدْيَةِ سَوَاءٌ إلا فِي حَرَجٍ عَامٍّ كَمَا لَوْ غَطَّى رَأْسَهُ نَائِماً أَوْ أَلْقَتِ الرِّيحُ الطِّيبَ عَلَيْهِ فَلَوْ تَرَاخَى فِي إِزَالَتِهِ لَزِمَتْهُ الفِدْيَةِ ...

يعني: أنه لا فرق في مذهبنا بين العمد وغيره.

وقوله: (**فِي حَرَجٍ عَامٍّ كَمَا لَوْ غَطَّى رَأْسَهُ نَائِماً**) أي: فلا فدية لعدم إمكان التحرز. وأيضاً فلم ينتفع بذلك. ولزوم الفدية مع تراخيه في الإزالة بعد استيقاظه ظاهر.

سند: لو وقعت على رأسه نورة فحلقته افتدى لبقاء ذلك بعد اليقظة. وانظر قوله: (**حرج عام**) وإلقاء الريح الطيب عليه في غاية النزور والقلة.

وَلَوْ أَلْقَاهُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ، وَتَلْزَمُ الْمُلْقِيَ حَيْثُ لا تَلْزَمُهُ وَلَكِنْ بِغَيْرِ الصِّيَامِ فَإِنْ لَمْ يَجِدِ افْتَدَى الْمُحْرِمُ. وَفِي وُجُوبِهِ قَوْلانِ، وَيَتْبَعُهُ بِالأَقَلِّ مَا لَمْ يَفْتَدِ بِصِيَامٍ

يعني: لو ألقى غيره الثوب على رأسه أو ألقى الطيب عليه وهو نائم فكذلك لا شيء عليه إلا أن يتراخى فتلزمه.

قوله: (**وَتَلْزَمُ الْمُلْقِيَ حَيْثُ لا تَلْزَمُهُ**) يعني: أن النائم إذا بادر إلى النزع فلا تجب عليه فدية، وتجب على الملقي، وإن لم يبادر لزمته، ولم تلزم الملقي. وما ذكره من المبادرة هو قوله في المدونة. وقال أشهب: لا شيء عليه. وهذا ظاهر في اللباس وأما الطيب إذا أزاله حين استيقظ، فأجراه اللخمي على الخلاف بين مالك وابن القصار، فيمن تطيب وأزاله بالقرب وقد تقدم. **خليل**: وفيه نظر؛ لأن النائم أعذر.

قوله: (**وَلَكِنْ بِغَيْرِ الصِّيَامِ**) أي: حيث لزمت الملقي فلا يصوم. وهو ظاهر؛ لأنه في معنى الصوم عن الغير. **أشهب**: وأما لو حلق رأسه أو قصر شاربه فالفدية على النائم لبقاء الانتفاع به بعد الإحرام. **عبد الحق وابن يونس**: وهو خلاف المدونة في التفرقة بين ما لا يبقى أو يبقى.

وقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَجِدْ**) أي: الفاعل ما ينسك به أو يطعم (**افْتَدَى الْمُحْرِمُ**) وهل ذلك مندوب أو واجب؟ قولان. **ابن المواز**: وإن كان الفاعل عديماً ولم يقدر عليه، فليفتد هذا المحرم عن نفسه، وظاهره الوجوب. **ابن يونس**: وهذا على رأيه فيمن أكره زوجته وهو محرم أن عليها أن تحج قابلاً وتهدي وتتبعه بالأقل من ثمن الطعام أو النسك. ولابن القاسم في العتبية أن الزوج إذا كان عديماً وهي مليئة ليس عليها حج، فعلى هذه الرواية ليس على النائم المطيب إذا كان الفاعل عديماً فدية؛ لأن الفدية إنما تعلقت بغيره وهذا أبين. انتهى. ونحوه لعبد الحق. وزاد أن الصواب لاشيء عليه.

وقوله: (**مَا لَمْ يَفْتَدِ بِصِيَامٍ**) أي: إذا قلنا أن الملقي عليه يفتدي فإنه يتبعه بالأقل من الطعام والنسك، إلا أن يفتدي بصيام فلا رجوع له على الملقي، إذ لا ثمن له.

فرع:

فإن كان الذي طيب النائم محرماً، فقال ابن القاسم: تجب على الفاعل فديتان: فدية لمسه، وفدية [٢٠٢/ ب] التطيب للنائم. وقال ابن أبي زيد: ليس عليه إلا فدية واحدة كما لو طيب نفسه. **ابن يونس وغيره**: والأول أصوب.

> **وَيَحْرُمُ تَرْجِيلُ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ بِالدُّهْنِ بَعْدَ الإحرام لا قَبْلَهُ بِخِلافِ أَكْلِهِ، وَالأَصْلَعُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ ....**

الترجيل هو التسريح بالدهن، وإنما حُرِّم لما فيه من الزينة.

وقوله: (**بِالدُّهْنِ**) أي: وإن لم يكن مطيباً. وإنما جاز قبل الإحرام؛ لأن أثره لا يبقى بعده، أو لا يبقى منه إلا اليسير، بخلاف أكله فإنه جائز. (**وَالأَصْلَعُ وَغَيْرُهُ سَوَاءٌ**) أي: في منع دهن الرأس إلحاقاً له بالغالب.

فَإِنْ دَهَنَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ لِعِلَّةٍ بِغَيْرِ طِيبٍ فَلا فِدْيَةَ، وَإِلا فَالْفِدْيَةُ

لعلة من شقوق ونحوها فلا فدية لعموم الحرج. والمراد باليدين باطن الكفين، وأما ظاهرهما فليفتد، نقله ابن حبيب عن مالك.

قوله: (**وَإِلا**) يدخل فيه ثلاث صور؛ أن يدهنهما لا لعلة، أو لعلة وفيه طيب، أو يدهن غيرهما. وما ذكره المصنف قريب مما في التهذيب قال فيه: وإن دهن قدميه وعقبيه من شقوق فلا شيء عليه، وإن دهنهما لغير علة أو دهن ذراعيه أو ساقيه ليحسنهما لا لعلة افتدى. واقتصرها ابن أبي زمنين على الوجوب مطلقاً فقال: ليحسنهما أو من علة افتدى. ونقل صاحب النوادر والباجي عن ابن حبيب عدم الفدية في دهن الجسد بغير الطيب مطلقاً.

ابن عبد الحكم: وإن قطر في أذنيه بدهن غير مطيب لوجع به فلا بأس، وكذلك لو جعله في فِيهِ.

وَفِي إِزَالَةِ الْوَسَخِ الْفِدْيَةُ، وَفِي مُجَرَّدِ الْحَمَّامِ قَوْلانِ

لا خلاف في المذهب في وجوب الفدية بإزالة الوسخ قاله ابن عبد السلام. وحكى اللخمي في وجوب الفدية بالغسل في الحمام ثلاث روايات:

الأولى: الوجوب، ورجحها هو وغيره؛ لأن صب الماء فيه على الجسد مظنة إزالة الوسخ.

والثانية: أنها إنما تجب إن تدلك.

والثالثة: إنما تجب مع التدلك وإزالة الوسخ هذا هو معنى كلامه. والثالثة هي ظاهر المدونة؛ لقوله فيها: وأكره للمحرم دخول الحمام؛ لأنه ينقي الوسخ، وإن دخله افتدى إذا تدلك وأنقى الوسخ. **ابن عبد السلام**: وألحق بعضهم بالتدلك صب الماء فيه بعد العرق، ونقل سند عن ابن حبيب جواز دخوله للتدفي.

وَفِي غَسْلِ رَأْسِهِ بِسِدْرٍ أَوْ خَطْمِيٍّ الْفِدْيَةُ بِخِلافِ غَسْلِ يَدَيْهِ بِالحَرْضِ وَنَحْوِهِ

تصوره ظاهر. والخطمي هو: بزر الخبيز. والحرض: الأُشنان.

وَفِي الْكُحْلِ الْمُطَيَّبِ الْفِدْيَةُ عَلَى الأَشْهَرِ، وَغَيْرِ الْمُطَيَّبِ إِنْ كَانَ لِضَرُورَةٍ مِنْ حَرٍّ أَوْ غَيْرِهِ فَلا فِدْيَةَ، وَإِنْ كَانَ لِزِينَةٍ فَالْفِدْيَةُ، وَقِيلَ: إِلا فِي الرَّجُلِ ....

أي: الكحل المطيب فيه قولان، والأشهر وجوب الفدية، ولم أر مقابله. وغير المطيب على وجهين إن كان لضرورة من حر أو برد فلا شيء فيه، وإن لم يكن لضرورة فالمرأة عليها الفدية، وفي الرجل قولان المشهور وجوبها. وقال عبد الملك: لا تجب عليه؛ لأنه لا حظ له في الزينة، نقله ابن الجلاب. وحكى ابن راشد الاتفاق على الوجوب في المرأة. **التلمساني**: واتفق العلماء على منع المرأة من الكحل إذا كان بغير ضرورة؛ لأن ذلك زينة لها. وحكى عبد الوهاب وابن بشير قولاً بسقوط الفدية عنها وأنه مكروه.

وَلَهَا لُبْسُ الْحُلِيِّ وَالْخَزِّ وَالْحَرِيرِ

لأن حكم المرأة بعد الإحرام كحكمها قبله؛ أعني في اللباس، إلا في ستر وجهها وكفيها. وظاهر كلام القاضي أنها ممنوعة من التزين بالحلي.

ابن عبد السلام: ولكنه شيء انفرد بنقله. انتهى. ونقل سند اختلافاً بين أصحابنا في تحريم الزينة كالكحل والحلي للنساء.

وَيَحْرُمُ الْحَلْقُ وَالْقَلْمُ وَإِبَانَةُ الشَّعَرِ مُطْلَقاً بِخِلافِ الْحِجَامَةِ، وَإِنْ كُرِهَتْ إِلا لِضَرُورَةٍ

(**الْحَلْقُ**) أي: من أي موضع كان. وذكر الحلق وإن كانت الإبانة تعمه؛ لأنه محل النص، وهو قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ ﴾.

وقوله: (**وَالْقَلْمُ**) أي: وتقليم الأظافر، فإن قلم أظفار يديه أو رجليه **ابن القاسم**: أو ظفر يد واحدة أو ظفرين من يد من غير كسر. قال أشهب: أو قص من كل يد واحداً

فعليه الفدية. وفي الظفر الواحد تفصيل سيأتي. وما ذكره من كراهة الحجامة إلا لضرورة هو المشهور. وقال سحنون: هي جائزة إذا لم يزل بسببها شعرة في الرأس خيفة قتل الدواب. قال في الكتاب: وإن اضطر محرم إلى الحجامة جاز لمحرم آخر أن يحجمه، ويحلق موضع الحجامة إذا أيقن أنه لا يقتل دواباً. **أبو إبراهيم**: قف على حلق القفا لحجامة أو غيرها. وكره ذلك مالك في جامع العتبية، ولم يره حراماً. وقد نبه الباجي في المنتقى على إجازة ذلك من غير كراهة من هذا الموضع في جامع الموطأ. وحكى ابن بشير إذا حلق للحجامة قولين في الفدية:

أحدهما: وجوب الفدية للحلق. **والثاني**: نفي الوجوب لجواز الحجامة. قال: وهل تجب لحلق الرأس أو شيء منه الفدية أو إطعام طعام؟! أما إن انتفع بإزالة الشعث فالفدية واجبة، وأما إن لم ينتفع بذلك فقولان: **أحدهما** وجوب الفدية. **والثاني**: وجوب إطعام شيء من الطعام. وهذا مراعاة لقتل الهوام التي تكون في الشعر. انتهى. وما نقله من سقوط الفدية غريب. قال في الموطأ: ولا بأس أن يبط المحرم خراجه ويفقأ دمله، ويقطع عرقه إذا احتاج إلى ذلك.

وَأَمَّا التَّسَاقُطُ بِالتَّخْلِيلِ فِي الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ أَوْبِالرِّكَابِ، أَوْ بِأُصْبُعِهِ فِي أَنْفِهِ فَلا فِدْيَةَ ....

تصورة ظاهر. قال في المدونة: وهذا خفيف، ولابد للناس منه. وفي الموازية: لو سقط شيء من شعر رأسه بحمل متاعه فلا شيء عليه، وكذلك إن جر يده على لحيته، فتسقط منه الشعرة والشعرتان. **ابن القاسم**: ولو اغتسل فتساقط من ذلك شعر كثير فلا شيء عليه وإن كان تبرداً، وإن قتل بذلك قملاً برأسه، فلا شيء عليه في [٢٠٣/ أ] الجنابة، وعليه الفدية في التبرد. **أصبغ**: وهذا فيما له بال من الدواب. وأما في مثل الواحدة فليطعم ثمرات أو حفنات من سويق أو كسرات. قال في المختصر: ومن شأنه قرض

أظفاره أو لحيته بأسنانه فعليه فدية واحدة، وكذلك قال في العتبية. **ابن القاسم**: يريد مالك في ظني وإن كان مرارا.

وَلا يَغْمِسُ رَأْسَهُ فِي الْمَاءِ خِيفَةَ قَتْلِ الدَّوَابِّ

قال في المدونة: وأكره له غمس رأسه في الماء خيفة قتل الدواب، وإن فعل أطعم شيئاً من طعام. وأكره للصائم الحلال غمس رأسه في الماء، فإن فعل لم يقض إلا أن يدخل الماء حلقه. انتهى. وأجازه ابن وهب وأشهب وعليه أكثر العلماء. **أشهب**: وما يخاف في الغمس يخاف في صب الماء، وكان ابن وهب وأشهب يتغاطسان في الماء وهما محرمان؛ إرادة مخالفة ابن القاسم. ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: **ربما قال لي عمر ونحن محرومون: تعال نتغاطس لننظر أينا أطول نفساً**. قال في الجلاب: ويجوز له أن يغسل رأسه تبرداً. وحكى عن مالك كراهة الغسل إلا من ضرورة.

فرع:

كره مالك في العتبية لمن اغتسل أن يجفف رأسه بثوب، قال: ولكن يحركه بيده.

قال في البيان: وإنما كره ذلك مخافة أن يجففه بشدة فيقتل بذلك دواب جسده، ولو جففه برفق لا يخشى معه القتل لم يكره.

وَجَائِزٌ أَنْ يُبْدِلَ ثَوْبَهُ أَوْ يَبِيعَهُ بِخِلافِ غَسْلِهِ خِيفَةَ قَتْلِ دَوَابِّهِ إِلا فِي جَنَابَةٍ فَيَغْسِلُهُ بِالْمَاءِ وَحْدَهُ ....

قوله: **(وَجَائِزٌ أَنْ يُبْدِلَ ثَوْبَهُ أَوْ يَبِيعَهُ)** مثله في المدونة، قال مالك وابن القاسم: لا بأس أن يبيع ثيابه لقمل أذاه فيها أو غيره. وقال سحنون: إذا باع الثياب فقد عرض القمل للقتل. قال في البيان: أجاز مالك ذلك. كما يجوز له أن يتركه ويلبس غيره. ورأى سحنون أنه إذا باعه فقد عرض القمل للقتل كما لو طرد صيداً من الحرم إلى الحل. وليس

هو مثله؛ لأن الصيد أخرج إلى غير مأمن. والقمل يجوز قتله قبل البيع وبعده لغير المحرم.
مالك: ولا بأس أن ينقل القملة من ثوبه أو بدنه إلى مكانها.

ابن الحاج: وسئل مالك عن المحرم يجد عليه البقة وما أشبهها فيأخذها فتموت. قال: لا شيء عليه في هذا.

وقوله: (**بِخِلافِ غَسْلِهِ خِيفَةَ قَتْلِ دَوَابِّهِ**) أي: فيكره. كذا في الموازية، لا كما يعطيه ظاهر لفظه أنه ممنوع. وفي معنى الجنابة سائر النجاسات. قال في المدونة: ولا يغسل ثوبه بالحرض خشية قتل الدواب. **ابن يونس**: زاد في رواية الدباغ عن مالك: وإن فعل افتدى. وقال ابن القاسم: يتصدق بشيء لموضع الدواب. وظاهر كلام المصنف أنه لا يغسله للوسخ، ونحوه في مناسك ابن الحاج. والذي في الموازية جوازه.

ابن الحاج: ولا يجوز له أن يغسل ثوب غيره من محل أو محرم؛ لأنه لا ضرورة تدعوه لذلك كما في ثوبه.

وقوله: (**بِالْمَاءِ وَحْدَهُ**) قال في الموازية: وإن مات فيه بعض الدواب فلا شيء عليه.

وَتَكْمُلُ الْفِدْيَةُ عَلَى مَا يُتَرَفَّهُ بِهِ وَيَزُولُ بِهِ أَذًى؛ كَالْعَانَةِ، وَمَوْضِعِ الْمَحَاجِمِ، وَقَصِّ الشَّارِبِ، وَنَتْفِ الإِبِطِ وَالأَنْفِ ....

أي: تجب الفدية بكل ما يجمع الترفه ويزيل الأذى، وتصوره ظاهر.

أَمَّا لَوْ نَتَفَ شَعَرَةً أَوْ شَعَرَاتٍ أَوْ قَتَلَ قَمْلَةً أَوْ قَمَلاتٍ أَطْعَمَ حِفْنَةً بِيَدٍ وَاحِدَةٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَرَحَهَا بِخِلافِ الْبُرْغُوثِ وَالْقُرَادِ وَنَحْوِهِ ...

أتى بقملات وشعرات بجمع المؤنث السالم ليدل على القلة؛ لأنه للشعرة فأقل. وما ذكره المصنف قريب مما في المدونة. وظاهر ما حكاه في النوادر خلافه، قال: ومن الموازية من نتف شعراً من أنفه، أو حلق من رأسه لضرورة أو لموضع المحاجم ناسياً أو جاهلاً -

افتدى، وكل ما كان لإماطة أذى - وإن قل - ففيه الفدية، وما كان لغير إماطة أذى ولا لمنفعة - جاهلا أو ناسياً - فعليه للشعرة أو الشعرات قبضة من طعام. انتهى. ويمكن حمل ما في المدونة على ما إذا نتف الشعرة والشعرات لغير إماطة الأذى، فيتفق ما فيها وما في الموازية. واختلف إذا قتل الكثير من القمل، فقال مالك: عليه الفدية. قال في البيان: ورءاه من إماطة الأذى. وقال ابن القاسم: يطعم كسرة. ولأجل أنه ممنوع من قتل الدواب قال مالك: لا يشد في حك ما خفي من جسده، وله ذلك فيما يراه، وإن أدمى جلده.

قوله: (**حِفْنَةً**) كذا في المدونة. وفي الموازية: قبضة، وهي الحفنة، (**بِخِلافِ الْبُرْغُوثِ**) أي فله طرحه، وكذلك القراد ونحوه؛ لأنه يعيش بالأرض.

التلمساني: واختلف في البراغيث، فقال في الموازية: لا بأس بقتلها. وذكر ابن حارث عن مالك أنه يطعم عنها إذا قتلها.

تنبيه:

إذا ثبت منع قتل القمل فهل ذلك من باب إلقاء التفث أو من باب قتل الصيد؟

الباجي: ولم أر فيه نصاً. قال: وعندي يحتمل الوجهين: فيشبه الصيد؛ لأنه يحرم قتل القملة توجد بالأرض، ويشبه من جهة أنه لا يجوز إلقاؤها عن الجسد إلقاء التفث؛ إذ الصيد يجوز له إلقاؤه عن نفسه، فثبت له الشبهان، ويحتمل أن يمنع من الطرح لما فيه من تعريضه للقتل، فكان كمن أزال فرخ صيد من موضعه. ثم إن قلنا: هو من باب الصيد تعلقت الفدية بقليله كما تتعلق بكثيره، وإن قلنا: إنه من باب إلقاء التفث تعلقت بكثيره دون قليله كالشعر انتهى بالمعنى.

خليل: وقوله: إن قلنا إنه من باب الصيد تعلقت الفدية بقليله مشكل؛ لأنه لا نعلم في المذهب في قتل [٢٠٣/ ب] قملة أو قملات قولاً بوجوب الفدية أصلاً. وقد قال مالك: لا بأس أن يفلي الحلال في الحرم، وكذلك قال ابن راشد: ظاهر المذهب أن قتل القمل ليس من باب الصيد.

وَفِي تَقْرِيدِ بَعِيرِهِ يُطْعِمُ عَلَى الْمَشْهُورِ، بِخِلافِ الْعَلَقِ وَنَحْوِهِ

تقريد البعير: هو إزالة القراد عنه وظاهر كلام المصنف أن القولين في مجرد التقريد.

ابن عبد السلام: والذي حكاه غيره أن القولين إنما هما إذا قتل القراد.

قوله: (**بِخِلافِ الْعَلَقِ**) أي: وسائر الحيوان إلا القراد والحِلْمُ ونحوه مما هو من دواب جسده. **الباجي**: وكذلك للإنسان أن يطرح عن جسده القراد والنمل ونحوهما مما ليس من دواب جسده. **الباجي**: ولا يقتل شيئاً من ذلك، فإن قتله فقد قال مالك: يطعم، وقال مرة: أحب إلي أن يطعم. وإن ابتدأ الإنسان شيء بالضرر فقتله فقد قال مالك: في محرم لذغته ذرة فقتلها وهو لا يشعر أرى أن يطعم شيئا وكذلك النملة. انتهى.

وَلَمْ يُحِدَّ مَالِكٌ فِيمَا دُونَ إِمَاطَةِ الأَذَى أَكْثَرَ مِنْ حِفْنَةٍ

تصوره ظاهر.

فرع:

كره مالك في العتبية للمرأة المحرمة النظر في المرآة خيفة أن يدعوها النظر فيها إلى إزالة شعث، قال: وليس من شأن المحرم تسوية الشعر، فإن فعل فلا شيء عليه، وليستغفر الله، وإن نظر فيها لوجع فلا بأس.

وكره مالك في العتبية إنشاد الشعر إلا ما خف. وأجاز ذلك ابن حبيب، ما لم يكن فيه خنا، أو ذكر النساء.

وَلَوْ قَلَّمَ ظُفْراً وَاحِداً لإِمَاطَةِ الأَذَى افْتَدَى، وَإِلا فَحِفْنَةٌ، أَمَّا لَوِ انْكَسَرَ ظُفْرُهُ فَقَلَّمَهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

يعني: أن لتقليم المحرم الظفر الواحد ثلاثة أحوال: إن قلمه لإزالة شعث، بإن استبشع طوله فعليه الفدية كاملة وهذا هو المشهور. وفي الجلاب: يطعم مسكيناً. وعن أشهب: يطعم شيئاً. وإن انكسر فقلمه لذلك لم يكن عليه شيء.

التونسي: وعلى هذا لو انكسر له ظفران أو ثلاثة فقلمهما لذلك ما كان عليه شيء قال: ولم يجعله إماطة أذى بإزالة المكسور كما قال إذا نتف شعرة من عينه أن ذلك إماطة أذى، وإن لم يكن لأحد الأمرين، وإليه أشار بقوله: (**وإلا فحفنة**) من طعام.

فرع:

إن قلم أظفاره لأجل أن بأصابعه قروح لا يقدر على مداوتها إلا بتقليم أظفاره، فإن ذلك جائز، وعليه الفدية، قاله مالك.

وَلَوْ فَعَلَ الْحَلالَ بِالحَرَامِ مَا يُوجِبُ الفِدْيَة بِإِذْنِهِ فَعَلَى الْحَرَامِ، وَمكْرُهاً أَو نَائِماً فَعَلَى الْحَلالِ ....

اعلم أن الأقسام أربعة، تكلم المصنف على ثلاثة وترك الرابع لوضوحه، وهو فعل الحلال بالحلال.

الأول من الثلاثة: إذا فعل الحلال بالحرام ما يوجب الفدية بإذنه أي: بإذن المحرم.

ابن عبد السلام: وفي معناه عندي أن لا يأمره ويبتدئ ذلك الحلال من نفسه فيتركه الحرام اختياراً. مثال ذلك ما لو حلق رأسه، أو قلم أظفاره أو طيبه.

وقوله: (**وَمكْرُهاً أَو نَائِماً فَعَلَى الْحَلالِ**) أما المكره فواضح، وأما النائم فمراده إذا لم يتراخ النائم في الإزالة بعد الاستيقاظ، وأما لو تراخى لزمت النائم كما تقدم.

وَلَو حَلَقَ الْمُحْرِمُ رَأْسَ حَلالٍ، فَقَالَ مَالِكٌ: يَفْتَدِي، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: حِفْنَةٌ؛ لِمَكَانِ الدَّوَابِّ، وَلَوْ قَلَّمَ أَظْفَارَهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

هذا هو القسم الثاني، وهو عكس الذي قبله. وحمل البغداديون قول مالك على ظاهره.

ابن عبد السلام: وحمله التونسي على الحفنة، فيكون وفاقاً لقول ابن القاسم. انتهى.

خليل: والذي في العتبية حمل كلام مالك على ظاهره، وتردد ابن يونس في حمل كلام مالك على الخلاف أو الوفاق، وحمله الباجي واللخمي على الخلاف. ولفظ اللخمي: فإن لم

يكن برأس الحلال قمل فلا شيء عليه، وإن كان يسيراً أطعم شيئاً من طعام، وإن كان كثيراً فقال مالك: يفتدي. وقال ابن القاسم: يتصدق بشيء من طعام. واختلف في تعليل الفدية، فقال بعض البغداديين: هي للحلاق. وقال عبد الحق: هي للدواب.

سند: وهو الأظهر، وإلى الأول ذهب صاحب البيان، قال: ووجه حمل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ ﴾ على عمومه في رأسه ورأس غيره. وتأول أيضاً ما وقع في العتبية: أن رجلاً أعطى جارية له إزاراً له تفليه من القمل وهو محرم، وجاريته محرمة - أن عليه الفدية؛ على أن ذلك لأجل أنه أماط بذلك عن نفسه أذى، لا من ناحية قتل الدواب. قال: وقد قال يحيى عن ابن القاسم: إنما قال ذلك مالك احتياطاً، ولو أطعم شيئاً من طعام أجزأه. انتهى. وقال التونسي: نص مالك في القمل إذا كثر أن فيه فدية الأذى وإن قتله في رأس حلال، وهو مشكل؛ لأنه لم يمط عن نفسه أذى ولا عن محرم، وإنما أماطه عن حلال، وهو لو أماط الأذى عن حلال لم يلزمه شيء، كما لو قلم أظفار حلال أو حلق شعره في موضع يتيقن أنه لا دواب فيه. قال: فصارت الفدية لقتل الدواب خاصة. وقد كان يجب ألا يكون في ذلك فدية، وإنما في ذلك جزاء ما قتل، ويحتاج حينئذ إلى حكومة، كما يحكم في الجراد والذر والنمل؛ لأنه لابد في ذلك من حكومة. فما الفرق بين القمل إذا لم يمط به أذى عن نفسه وبين الذر والجراد؟ انتهى.

قوله: (**وَلَوْ قَلَّمَ أَظْفَارَهُ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ**) ظاهر، وهو يرجح من تأول أن الفدية للقمل لا للحلق، إذ لو كانت للحلق لوجبت هنا للقلم.

وَلَوْ حَجَمَ مُحْرِمٌ مُحْرِماً فَحَلَقَ مَوْضِعَ الْمَحَاجِمِ فَالْفِدْيَةُ عَلَى الْمَحْجُومِ، وَعَلَى الْحَالِقِ حِفْنَةٌ؛ لِمَكَانِ الدَّوَابِّ، فَإِنِ اتَّفَقَ أَلا دَوَابَّ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

هذا هو القسم الثالث، وتصوره [٢٠٤/ أ] ظاهر.

وَلَو لَبِسَ وَتَطَيَّبَ وَحَلَقَ وَقَلَّمَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ فَفِدْيَةٌ تُجْزِئُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلَوْ تَرَاخَتْ لَتَعَدَّدَتْ كَمَا لَوْ قَلَّمَ أَظْفَارَهُ الْيُمْنَى الْيَوْمَ وَالْيُسْرَى غَداً ....

يعني: إذا تعددت موجبات الفدية في فور فالمذهب أنها تجزئ فدية واحدة كسجود السهو، وكما لو بال وغاط ولمس. وقال اللخمي: إن كانت نيته أولاً فعل جميعها فعليه فدية واحدة، وإن كانت نيته أحدها ثم حدثت نية أخرى بعد أن فعل - فمذهب المدونة أن عليه فدية واحدة، ويتخرج فيها قول بالتعدد مما إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. وهذا والله أعلم مراده بمقابل المشهور، ولهذا كان الأولى أن يقول: على المنصوص. **ابن عبد السلام**: ويمكن أن يخرج فيها الخلاف مما قاله ابن الماجشون وابن المواز فيمن لبس مئزراً فوق مئزر أن عليه فديتين، ولا إشكال في تعددها مع التراخي.

وَلَوْ تَدَاوَى لِقُرْحَةٍ بِمُطَيِّبٍ مِرَاراً فَكَذَلِكَ، إِلا أَنْ يَنْوِيَ التَّكْرَارَ فَفِدْيَةٌ وَإِنْ تَرَاخَى يَتَعَدَّد

قوله: (**فَكَذَلِكَ**) أي: فتتعدد، إلا أن ينوي التكرار.

وتقرر لنا من هنا أن موجبات الفدية إن تعددت في فور فليس فيها إلا فدية واحدة. وكذلك إذا لم تكن في فور ولكن نوى بها التكرار. وإنما يلزم تعددها إذا لم تكن في وقت واحد ولم ينو التكرار.

وَلَوْ لَبِسَ لُبْسَاتٍ فَكَذَلِكَ

فإن كان في وقت واحد ففدية واحدة، وإن تراخى تعددت، إلا أن ينوي التكرار.

وَلَوْ قَدَّمَ لبس الثَّوْبَ ثُمَّ لَبِسَ السَّرَاوِيلَ فَفِدْيَةٌ وَإِنْ تَرَاخَى، وَلَوْ عَكَسَ الأَمْرَ وَتَرَاخَى تَعَدَّدَتْ ....

اعلم أن أصحابنا إنما يوجبون الفدية باللباس إذا حصل به انتفاع من حر أو برد. ولهذا قال مالك: من ابتاع خفين فقاسهما في رجليه وهو محرم فلا شيء عليه. ولهذا لم

يوجبوا على من لبس سراويل بعد القميص، أو لبس العمامة بعد القلنسوة، أوجبة بعد القميص - إلا فدية واحدة؛ لاتحاد أمر المنفعة، ولو عكس تعدد؛ لأنه انتفع بالقميص ثانياً غير ما انتفع به أولاً، وينبغي أن تقيد الأولى بما إذا كان السراويل لا يفضل عن الثوب. وإلى ذلك أشار المازري في مسألة القلنسوة والعمامة، وأما إذا نزل فتتعدد الفدية؛ لأنه انتفع ثانياً بغير ما انتفع به أولاً، بل قال اللخمي: القياس أن يكون عليه في السراويل والجبة فدية ثانية، قال: وقال محمد فيمن ائتزر بمئزر فوق مئزر أن عليه فديتين، إلا أن يبسطهما ثم يأتزر بهما. وذكر ابن عبدوس عن عبد الملك مثله. وإن لبس قميصاً وهو صحيح ثم مرض ثم صح ففدية واحدة.

محمد: وإن لبسه لمرض ثم صح وتمادى على لبسه فعليه فديتان؛ يريد لأن نيته كانت أن يلبسه للمرض خاصة. وقد بَعُد ما بين النية الأولى والثانية، والقياس على أصله أن لا شيء عليه في التمادي؛ لأنه بانقضاء المرض تمادى في اللباس فأشبه ما قرب فِعْلُ بعضه من بعض. ولذلك إن تطيب وهو صحيح ثم مرض ثم صح وهو عليه ففدية واحدة. وكذلك إن استعمل ذلك لمرض ثم صح وهو عليه ولم يغسله كان عليه على قول محمد فديتان، وإن وصف له طيب فاستعمله ثم أصاب طيب آخر بقرب الأول ففدية واحدة، وإن تباعد ما بينهما وذهبت رائحة الأول ففديتان، وكذلك إن لم تذهب رائحة الأول حتى استعمل الثاني؛ لأنه لو لم يستعمل الثاني ذهبت رائحة الأول قبل ذلك. انتهى.

ثُمَّ حَيْثُ تَجِبُ الْفِدْيَةُ بِلُبْسٍ أَوْ خُفٍّ فَيُعْتَبَرُ انْتِفَاعُهُ مِنْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ دَاوَمَ كَالْيَوْمِ فَإِنْ نَزَعَهُ مَكَانَهُ فَلا فِدْيَةَ ....

موجبات الفدية قسمان: **منها** ما يقع الانتفاع به كحلق الشعر والطيب وهذا تجب فيه الفدية من غير تفصيل، **ومنها** ما لا ينتفع به إلا بعد طول فلا تجب فيه الفدية إلا بالانتفاع. وتصور كلامه ظاهر. وذكر اللخمي وغيره قولين في وجوب الفدية إذا صلى بثوب صلاة، بناء على أنه هل يعد طولاً أم لا؟

وَلا إِثْمَ عَلَى ذِي عُذْرٍ مِنْ مَرَضٍ أَوْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ وَعَلَيْهِ الْفِدْيَةُ

يعني: أن وجوب الفدية لا يستلزم وجوب الإثم، بل كل من وجبت عليه الفدية إن فعل موجبها لعذر لم يكن عليه إثم، وكان عليه الفدية فقط. وإن لم يكن لعذر فعليه الإثم والفدية. والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾.

تنبيه:

وربما ارتكب بعض العوام شيئاً من المحرم وقال: أنا أفتدي متوهماً أنه بالفدية يتخلص من الإثم وذلك خطأ صريح وجهل قبيح، وذلك بمنزلة من يقول: أنا أشرب الخمر والحد يطهرني، قال مالك في الموازية: ولا ينبغي أن يتعمد المحرم ما فيه الفدية من غير ضرورة ليسارة الفدية وأنا أعظه عن ذلك.

وَيَحْرُمُ بِكُلٍّ مِنَ الإِحرامِ لِلْحَجِّ أَوْ الْعُمْرَةِ أو الْحَرَمِ صَيْدُ الْبَرِّ كُلِّهِ؛ مَأْكُولاً أَوْ غَيْرَهُ مُتَأَنِّساً أَوْ غَيْرَهُ مَمْلُوكاً أَوْ مُبَاحاً فَرْخاً أَوْ بَيْضاً أو غَيْرَهُمَا ....

واختلف المفسرون في معنى قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ [المائدة:٩٥] فقيل: وقد أحرمتم بحج أو عمرة، وقيل: وقد دخلتم في الحرم. وقيل: هما مترادفان، فإنه يقال: أحرم فلان إذا دخل في الحرم، وهذا القول هو الذي اعتمد عليه الفقهاء، ولهذا قال المصنف: (**بِكُلٍّ مِنَ الإحرام**) و(**الْحَرَمِ**).

واحترز بقوله: (**صَيْدُ الْبَرِّ**) من صيد البحر فإنه حلال. وطير الماء حرام كغيره. قال في المدونة: والضفدع وترس الماء من صيد البحر.

أشهب: وقد قيل: في الضفدع يطعم شيئاً. **الباجي**: راعى في هذه الرواية قول ابن نافع أنه لا يؤكل إلا بذكاة، قال: وكذلك على قوله في السلحفاة لا تؤكل إلا بذكاة، لا يجوز للمحرم

اصطيادها. قال في المدونة: وهذه السلحفاة التي تكون [٢٠٤/ ب] في البراري هي من صيد البر، إذا ذكيت أكلت ولا تحل إلا بذكاة ولا يصيدها المحرم.

والجراد عندنا من صيد البر، نص عليه في المدونة. ونبه بقوله: (**مَأْكُولاً أَوْ غَيْرَهُ**) على خلاف الشافعي رضي الله عنه في قصره ذلك على المأكول.

وَاسْتُثْنِيَ الْفَأْرَةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْحَيَّةُ وَالْغُرَابُ وَالْحِدَأَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ

الاستثناء في السنة فقد روي في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم؛ الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور**» ولمسلم: «**خمس فواسق**». بالإضافة من غير تنوين.

ابن دقيق العيد: وبين الإضافة والتنوين فرق دقيق في المعنى، وذلك أن الإضافة تقتضي الحكم على خمس من الفواسق بالقتل، وربما أشعر التخصيص، بخلاف الحكم في غيرها بطريق المفهوم، وأما مع التنوين فإنه يقتضي وصف الخمس بالفسق من جهة المعنى، وقد يشعر بأن الحكم المرتب على ذلك وهو القتل معلل بما جعل وصفاً وهو الفسق، فيقتضي ذلك التعميم لكل فاسق من الدواب، وهو ضد ما اقتضاه الأول من المفهوم وهو التخصيص. انتهى.

وفي الصحيح أيضاً: «**خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم: الحية والغراب الأبقع والفأرة والكلب العقور والحداة**». فأقسط في هذا الحديث العقرب، وزاد الحية فوجب جمعهما معاً لصحة الحديثين. **ابن عبد السلام**: وزاد في هذا لفظ الأبقع، وهل لفظ الغراب مطلق، فيكون الأبقع مقيد له، أو عام، فيكون هذا على وفقه لا مخصصاً؟ في ذلك نظر. والأقرب هو الثاني. وقد ذهبت فرقة إلى أن النهي مقصور على الغراب الأبقع انتهى.

قال في الذخيرة: ويلحق بالفأرة ابن عرس، وما يقرض الأثواب من الدواب، ويلحق بالعقرب الرتيلا.

وهل يقتل الوزغ؟ قال مالك: لا بأس بقتل الحلال الوزغ في الحرم. **مالك**: ولو تركت لكثرت وغلبت. **الباجي**: فجعل مالك رحمه الله أذاها في كثرتها؛ لأن لها أذى بإفساد ما تدخل فيه. **مالك**: وسمعت أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتلها، وللمحرم أن يقتلها في الحل والحرم. **الباجي**: ومعنى ذلك أنه لا يكون غالباً إلا في البيوت وحيث يقتله ويدفع مضرته الحلال ومدة الإحرام يسيرة. وحمل مالك أمره عليه الصلاة والسلام بقتله على الحلال سواء كان في الحرم أو غيره. **مالك**: وإذا قتله المحرم أطعم كسائر الهوام.

وقال اللخمي: القياس أن يقتل قياساً على العقرب، وكذلك مال ابن عبد البر إلى جواز قتله، قال: وقد تواترت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الوزغ وسماه فويسقاً. وقد أجاز مالك قتل الأفعى وليست من الخمس.

وَهُوَ الأَسَدُ وَالنَّمِرُ وَنَحْوُهُمَا مِمَّا يَعْدُو، وَقِيلَ: الإِنْسِيُّ الْمُتَّخَذُ

يعني: أنه اختلف في تفسير الكلب العقور، فالمشهور أنه كل عاد من السباع.

ابن عبد السلام: والشاذ أنه الكلب الأنسي. وتبع المصنف في نقله الشاذ ابن بشير وابن شاس، وأظن أنهما رأيا ما في اللخمي وهو قوله: وظاهر قول أشهب أنه الأنسي؛ لأنه قال: يقتل الكلب وإن لم يعقر. انتهى. زاد في النوادر وإن كان كلب ماشية. وليس في هذا اللفظ مايدل على الحصر؛ لاحتمال أن يقول أشهب: يقتل مع ذلك الأسد والنمر ونحوهما، بل نَصُ أشهب وهو في النوادر قبل الكلام الذي حكاه اللخمي ومتصل به على أنه يقتل صغار السباع، وهو يقتضي أنه قائل بقتل السباع. والأشبه ما قاله بعضهم على أنهم اتفقوا على دخول السباع تحت لفظ الكلب العقور، واختلفوا في الكلب والمشهور عدم دخوله، واحتج من قال إن المراد بالكلب العقور هو الأسد ونحوه بما رواه

الترمذي وحسنه أنه عليه الصلاة والسلام قال في عتبة بن أبي لهب: «**اللهم سلط عليه كلباً من كلابك**»، فعدا عليه الأسد فقتله. انتهى كلام ابن عبد السلام باختصار.

خليل: وقد يقال إن معنى قول ابن بشير وابن شاس والمصنف في الشاذ أنه الأنسي المتخذ أنه يلحق بذلك السباع من باب أولى، ويكونوا استغنوا بالأخف عن الأشد، وعلى هذا فيستوي كلامهم مع ما نقله الباجي.

ولم يختلف قول مالك في الأسد والنمر والفهد أنه يجوز قتلها. واختلف قوله في الذئب، فروى ابن عبد الحكم إباحة ذلك، ومنعه مالك مرة.

ولا يقتل المحرم ضبعاً ولا ثعلباً ولا هراً وحشياً ولا إنسياً، ولا قرداً، ولا خنزيراً برياً أو بحرياً. وعن مالك: وفدى ذلك كله. وروي عن مالك قتل القرد والخنزير، ووقف مع محمد في خنزير الماء. **ابن حبيب**: ولا يقتل الدب، فإن قتله فعليه جزاؤه.

مالك: ولا بأس بقتل البراغيث. وقال أيضاً: إن أطعم لذلك شيئاً فهو أحب إلي.

وَفِي الْغُرَابِ وَالْحِدَأَةِ غَيْرِ الْمُؤْذِيَيْنِ قَوْلانِ كَصِغَارِهِمَا وَمَا آذَى مِنَ الطَّيْرِ وَغَيْرِهِ كَغَيْرِهِمَا ....

منشأ الخلاف في الغراب والحدأة غير المؤذيين هل النظر إلى اللفظ فيقتلان أو إلى المعنى فلا يقتلان؟ **الباجي**: وقد اختلف قول مالك رحمه الله في إباحة قتلها ابتداء. وظاهر مذهبه ما أثبته في الموطأ وهو الأشهر عنه - إباحة قتلها. وروى عنه أشهب منع ذلك للمحرم. وفي الجواهر: المشهور أن الغراب والحدأة يقتلان. وإن لم يبتدئا بالأذى. وروى أشهب المنع وقاله ابن القاسم. وقيل: إلا أن يؤذيا فيقتلان، وإن قتلهما من غير أذى فلا شيء عليه. ومراد المصنف بـ(**غَيْرِ الْمُؤْذِيَيْنِ**) من لم يفعل الإذاية، لا من لم يؤذ ألبتة؛ لعدم تحقق ذلك.

قوله أيضاً: (**كَصِغَارِهِمَا**) أي: [٢٠٥/أ] فيها أيضاً القولان. **ابن راشد وغيره**: والمشهور القتل؛ لعموم الحديث. وقال ابن هارون: المشهور في الصغار المنع.

وقوله: (**وَمَا آذَى مِنَ الطَّيْرِ وَغَيْرِهِ كَغَيْرِهِمَا**) أي: فالقولان أيضاً في قتل الطير إذا أذى. قال الباجي: لا خلاف في المذهب أنه لا يجوز قتل سباع الطير غير ما في الحديث ابتداءً، ومن قتلها فعليه الفدية، فإن ابتدأت بالضرر فلا جزاء على قتلها على المشهور من المذهب فيمن عدت عليه سباع الطير أو غيرها. وقال أشهب: عليه في سباع الطير الفدية وإن ابتدأت بالضرر. وقال أصبغ: من عدا عليه سبع من الطير فقتله وداه بشاة. ابن حبيب: هذا من أصبغ غلط. واحتج ابن القاسم في المبسوط أن الإنسان أعظم حرمة من الصيد، فإن قتله الإنسان دفاعاً عن نفسه فلا شيء عليه. انتهى. وهذا يؤخذ من كلام المصنف؛ لأن قوله: (**مَا آذَى**) يدل ظاهره على أنه فعل الإذاية، ولم أر ما حكاه من الخلاف فيما آذى من غير طير والمنقول عدم جواز القتل.

وَعَلَى أَلا يَقْتُلَ الْجَمِيعَ فَفِي الْجَزَاءِ قَوْلانِ، وَقَالَ أَصْبَغُ: مَنْ عَدَا عَلَيْهِ سَبُعٌ مِنَ الطَّيْرِ وَقَتَلَهُ فَدَاهُ بِشَاةٍ، وَقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: هَذَا غَلَطٌ، وَحَمَلَهُ غَيْرُهُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ يُمْكِنُ بِغَيْرِ الْقَتْلِ، وَإِلا فَلا خِلافَ ....

أي: إذا فرعنا على عدم القتل في الجميع؛ أي: في الغراب والحدأة غير المؤذيين والصغار وما عدا من الطير فهل عليه جزاء تحقيقاً للمنع أم لا؛ للاختلاف في ذلك؟ وعين في الجواهر في مسألة الطير المؤذي غير الغراب والحدأة - بنفي الجزاء. ويشكل قول أصبغ من وجهين:

الأول: أنه يجوز دفع الصائل من الآدمي ولا شيء فيه عليه، فكيف بهذا؟!

الثاني: تخصيصه بشاة والقياس أن تكون فيه القيمة، وحمل بعض المتأخرين قول أصبغ على أنه كان قادراً على الدفع بغير القتل، وأما لو تعين القتل في الدفع فلا يختلف فيه. وما حكاه المصنف عن أصبغ كذلك حكاه الباجي وغيره، وقد تقدم لفظ الباجي، وما ذكره ابن عبد السلام هنا ليس بظاهر.

وَيُقْتَلُ صِغَارُ غَيْرِهِمَا مِنَ الْمُسْتَثْنَى، وَفِي صِغَارِ الْكَلْبِ قَوْلانِ

الضمير في (**غَيْرِهِمَا**) عائد على (**الغراب والحدأة**) ومراده صغار الفأرة والحية والعقرب؛ لأن صغار هذه الأشياء تؤذي كما تؤذي كبارها.

وقوله: (**وَفِي صِغَارِ الْكَلْبِ قَوْلانِ**) زاد بعضهم الكراهة ونسبه لابن القاسم وابن حبيب. ومذهب المدونة عدم القتل. **ابن القاسم**: وإن قتلها لم يفدها. وقال أشهب: يفديها، وكان الأولى أن يذكر صغار الكلب مع صغار الغربان والأحدية ويذكر في الجميع قولين.

فرع:

نص عبد الوهاب على أن الزنبور مما يجوز للمحرم قتله. ونص في الجلاب على أنه يطعم إن قتله. فيحتمل أن يكون خلافاً، ويحتمل أن يكون كلامه في الجلاب على ما إذا قتله في عشه، وكلام عبد الوهاب على ما إذا ابتدأ بالضرر. وقد ذكر إسماعيل القاضي أنه اختلف في الزنبور.

وَيَلْزَمُ الْجَزَاءُ بِقَتْلِهِ بِمُبَاشَرَةٍ أَوْ تَسَبُّبٍ أَوْ بَقَاءِ يَدٍ، وَتَعْرِيضُهُ لِلتَّلَفِ كَقَتْلِهِ، فَإِنْ تَيَقَّنَ لِحَاقَهُ بِجِنْسِهِ بِغَيْرِ نَقْصٍ فَلا جَزَاءَ وَيُنْقِصُ فِيمَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ قَوْلانِ، وَإِنْ شَكَّ فَقَوْلانِ ....

أي: ويلزم الجزاء بقتل ما لا يجوز قتله بمباشرة أو تسبب أو بقاء يد عليه، وتعريضه للتلف موجب للجزاء كقتله. ففي المدونة: من طرد صيداً فأخرجه من الحرم فعليه جزاؤه. وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يظن أنه ينجو هناك؛ لأن أشهب نص على أن من أخذ صيداً من الحرم وطرحه في الحل أنه لا شيء عليه إذا كان مما ينجو بنفسه. ابن يونس: ونحوه لابن القاسم.انتهى.

لكن حكى التونسي في إخراج الصيد قولين؛ أولهما: الجزاء وأطلق، ثم قال: وقيل: إذا أخذه من الحرم ثم أطلقه في الحل وكان ينجو بنفسه ولو كان في الأندلس أنه لا جزاء

عليه، وفيه نظر؛ لأنه أخذه من محل أمن إلى محل يقصد اصطياده فيه، لاسيما إن تحققنا أنه لا يبلغ الحرم لبعد المسافة. انتهى.

وكذلك يلزم الجزاء إذا نتف ريشه وغاب عنه. فإن أمسكه حتى نسل ريشه وتحقق لحاقه بالصيد من غير نقص فلا شيء عليه على المشهور. وقال ابن حبيب: يطعم مسكيناً. وقال محمد: يتركه حيث نتف ريشه ويخرج جزاءه، واختلف إذا تيقن لحاقه بنقص هل يلزمه ما بين القيمتين؟ المشهور وهو مذهب المدونة لا شيء عليه؛ لأن الجزاء كالكفارة، فكما لا يلزم بعض الكفارة في أبعاض الإنسان لا يلزم بعض الجزاء في أبعاض الصيد، ولفظها: وليس في جراح الصيد إذا تيقن أنها سلمت من ذلك الجرح - شيء. وقال ابن المواز: يلزمه ما بين القيمتين قياساً على سائر الممتلكات، فيُقَوَّم مثلاً صحيحاً بعشرين مداً، وبالعيب بخمسة عشر، فيخرج خمسة. وحمل اللخمي وغيره قول ابن المواز على الخلاف.

ابن يونس: ويحتمل الوفاق، ويحمل قول ابن القاسم لا شيء عليه إذا تيقن أنه سلم، أي: سلم بغير نقص. **ابن عبد السلام**: والظاهر الخلاف. وكلام المصنف إنما يتم عليه.

قوله: (**وَإِنْ شَكَّ فَقَوْلانِ**). **ابن هارون**: مذهب محمد الوجوب وهو ظاهر المدونة فإنه قال: من جرح صيداً وهو محرم فغاب مجروحاً فعليه جزاؤه. والقول بالسقوط لابن الماجشون؛ لأن الأصل براءة الذمة. [٢٠٥/ ب] وهذا الخلاف إنما هو إذا لم تنفذ مقاتله. وفي اللخمي: إن جرح صيداً ثم نجا بنفسه، فإن أنفذ مقاتله كان له حكم الميت وفيه الجزاء. وإن أصاب موضعاً الغالب حياته لم يجب جزاؤه، وإن أشكل أمره فقولان.

فرع:

قال في الذخيرة: وإن قلنا بالجزاء فليؤخر لئلا يكفر قبل موت الصيد، فإن أخرج جزاءه مع الشك ثم عطب بعد ذلك ففي الجلاب: عليه جزاءان.

التلمساني: لأنه أخرج الجزاء قبل وجوبه عليه.

وَالتَّسَبُّبُ كَشَبَكَةٍ، أَوْ إِرْسَالِ كَلْبٍ، أَوِ التَّقْصِيرِ فِي إِمْسَاكِهِ أَوْ رِبَاطِهِ، أَوْ تَنْفِيرِ صَيْدٍ

قوله: (**كَشَبَكَةٍ**) أي: كنصب شبكة، أو شرك لأجل الصيد، فوقع فيها صيد فعطب. وأما إذا نصب الشبكة لذئب أو سبع فسيأتي.

وقوله: (**أَوْ إِرْسَالِ كَلْبٍ**) أي: على الصيد. وسمى المصنف ما ذكره تسبباً؛ لأنه لا يباشر القتل، وتصور كلامه ظاهر.

وَالتَّسَبُّبُ الاتِّفَاقِيُّ كَمَا لَوْ رَآهُ الصَّيْدُ فَفَزِعَ فَمَاتَ أَوْ فَرَّ فَعَطِبَ فَفِي الْجَزَاءِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ....

مراده بـ(**الاتِّفَاقِيُّ**) ما لا يقصد معه الصيد ألبتة، لكن أدى إلى هلاك الصيد. واختار ابن المواز والتونسي قول أشهب وهو أظهر. ولا تكون حرمة الصيد أعلى من حرمة الآدمي.

التونسي: إلا أن يريد ابن القاسم أنه نكب عن الطريق ومشى في طريق الصيد حتى عرض نفسه لرؤية الصيد. **اللخمي وغيره**: وقال أصبغ: لا شيء عليه إلا أن يكون من المحرم حركة يفر بها؛ يريد حركة على الصيد، وأما حركته لشغله فلاشيء عليه. انتهى.

وظاهره أنه ثالث، وفيه نظر. ووافق ابن القاسم على سقوط الجزاء إذا حفر بئر الماء. قيل: وهي مناقضة لا شك فيها، وحكى بعضهم في مسالة البئر قولاً بالجزاء في مسألة البئر وهو ضعيف.

وَلَوْ قَتَلَهُ غُلامُهُ ظَانّاً أَنَّهُ أَمَرَهُ بِقَتْلِهِ فَالْجَزَاءُ عَلَى السَّيِّدِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَعَلَى الْعَبْدِ أَيْضاً إِنْ كَانَ مُحْرِماً ....

كلامه في المدونة أبلغ من كلام المصنف. قال فيها: وإذا أمر المحرم عبده أن يرسل صيداً كان معه فظن العبد أنه أمره بذبحه فذبحه فعلى السيد الجزاء، وقال أشهب:

الأحسن إلا شيء على السيد كان العبد حلالاً أو حراماً؛ لأن الخطأ من العبد. **ابن هارون**: وهذا هو الذي أشار إليه بقوله: **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** وكان حقه أن يقول على المنصوص؛ لأن هذا ليس بقول للمتقدمين.

وقوله: **(وَعَلَى الْعَبْدِ أَيْضاً إِنْ كَانَ مُحْرِماً)** ظاهر، وهو في المدونة، وتأول ابن الكاتب ما قاله مالك من وجوب الجزاء على السيد بأن السيد هو الذي تسبب لعبده في أخذ الصيد، قال: وأما إن صاده العبد بغير إذنه فلا شيء على السيد؛ لأنه لم يفعل إلا خيراً إذ نهى عبده عما لا يحل. وقال ابن محرز: وهو تأويل يحيل المسألة؛ لأنه إذا تسبب له السيد في الصيد فسواء قتله العبد بأمر ظنه من أمر السيد أو كان هو الذي تعدى فقتله. قال: والظاهر أن مالكاً أوجب الجزاء لأمره الذي أخطأ به العبد، كان من السيد في أصل صيده تسبب أم لا.

وَلَوْ نَصَبَ شَرَكاً أَوْ حَفَرَ بِئْراً خَوْفاً مِنْ ذِئْبٍ أَوْ سَبُعٍ أَوْ هِرٍّ فَاتَّفَقَ فَالْجَزَاءُ بِخِلافِ فُسْطَاطِهِ أَوْ بِئْرٍ لِمَاءٍ ....

ما ذكره من وجوب الجزاء إن نصب شركاً مخافة من ذئب أو سبع على نفسه أو على غنمه هو مذهب المدونة. وقال ابن القاسم فيها: لأن مالكاً قال فيمن حفر بئراً في منزله لسارق فإنه يضمن ما وقع فيها من سارق أو غيره، وقال سحنون: لا جزاء عليه في الصيد؛ لأنه فعل ما يجوز له، بخلاف السارق. وقال أشهب: إذا كان في موضع يتوقع فيه الصيد فعليه الجزاء، وإلا فلا. **ابن المواز**: وهو أحب إلينا. وقال اللخمي أيضاً: هو أحسن، لكن لا شيء عليه إذا كان موضعاً لا يخاف على الصيد منه، وإن خيف عليه ونصب ليدفع الذئب والسبع عن غنمه أو نفسه فالجزاء إن قدر على صرفه بغير ذلك، وكذلك إن لم يقدر على أصل مالك أن المضطر للصيد يأكل الميتة؛ لأنه إذا لم يبح ذلك في صيانة نفسه

لم يبح في صيانة المال. وأرى أن يمنع إن خشي تلف الشاة أو الشاتين لا تلف الكثير. انتهى باختصار.

ورد بأن مسألة المضطر التي تكلم عليها مالك إنما هي في حق واجد الصيد والميتة أيهما يقدم، لا في حق من لا يجد إلا أحدهما وخشي على نفسه، فلا شك أنه يأكل ما وجد.

وقوله: (**بِخِلافِ فُسْطَاطِهِ**) أي: فلا شيء عليه. وهكذا في المدونة. ونقل ابن الجلاب فيها عن ابن القاسم وجوب الجزاء، وهو ضعيف.

وَلَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ عَلَى أَسَدٍ فَقَتَلَ صَيْداً فَقَوْلانِ

مذهب المدونة الوجوب. والقول لعدم الجزاء لأشهب. اللخمي: وهو أبين. ومنشأ الخلاف النظر إلى الإرسال وهو فاعله أو إلى قصده وهو لم يقصد الصيد؟

وَلَوْ دَلَّ الْمُحْرِمُ عَلَى صَيْدٍ عَصَى، فَإِنْ قَتَل فَفِي الْجَزَاءِ ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ عَلَى الْقَاتِلِ إِنْ كَانَ مُحْرِماً ....

لا خلاف في وجوب الجزاء على القاتل إن كان محرماً ولا في سقوطه عنه إن كان حلالاً، وإنما الخلاف في الدَّالِ. ومذهب المدونة السقوط وهو المشهور، صرح بذلك الباجي وغيره، خلاف ما شهره المصنف. **ابن عبد السلام**: والذي شهره المصنف لا يعلم في المذهب إلا من ابن بشير، والقول بوجوب الجزاء على الدال سواء دل حلالاً أو حراماً مروي عن أشهب، وروي [٢٠٦/ أ] عنه في الموازية إن كان المدلول محرماً فعلى كل واحد منهما الجزاء، وإن كان حلالاً فليستغفر الله المحرم والدال، ولا شيء عليهما. واعترضه التونسي وقال: الأشبه أنه إنما يسقط عن الدال إذا كان حلالاً، فأما الحرام فيجب عليه عنده الجزاء، كما قال إذا دل محرم محرماً. فإذا وجب على المحرم إذا دل محرماً، كان إذا دل حلالاً أولى؛ لئلا يبقى الصيد بلا جزاء انتهى.

وهذا هو الذي لاحظ في القول الذي زعم المصنف أنه المشهور، وقال ابن وهب: إذا دل محرم حلالاً فداه أحب إلي. وفي أخذ الأقوال من كلام المصنف نظر.

قال الباجي: ولو أعان المحرم الحلال بمناولة رمح أو سوط، فقد أساء ولا جزاء عليه على المشهور من المذهب، وحكى ابن المواز عن أشهب في ذلك من الخلاف ما تقدم، أي: ما حكاه عنه في المدونة.

وَلَوْ رَمَى مِنَ الْحِلِّ إِلَى الْحَرَمِ فَالْجَزَاءُ، وَالْعَكْسُ كَذَلِكَ عَلَى الْمَشْهُورِ

لا إشكال في وجوب الجزاء في الفرع الأول؛ لأنه قتل الصيد في الحرم. وأما العكس فرأى في المشهور أنه صائد في الحرم، والشاذ لابن الماجشون وأشهب قالا: لا جزاء عليه ويؤكل؛ اعتباراً بمحل الصيد كالأول.

ابن الماجشون: ويجوز ذلك ابتداءً. انتهى. وهو ضعيف؛ لأن المحرم يصدق على من بالحرم. قال في المدونة: ولو رمى الصيد في الحل وهو في الحل فهرب الصيد فأدركته الرمية في الحرم فقتلته فعليه الجزاء، ولا خفاء إذا كانا معاً في الحرم في الوجوب، ولا في سقوطه إذا كان في الحل إلا بقربه، فالمشهور سقوط الجزاء. وقال ابن عبد الحكم: ما قرب من الحرم فله حكمه، ولابن الماجشون: كل ما يسكن بسكون ما في الحرم ويتحرك بتحريكه فله حكم الحرم، وهو كمذهب ابن عبد الحكم إلا أن فيه تحديد القرب، وعلى المشهور فهو ممنوع ابتداءً، إما منعاً وإما كراهة بحسب فهم قوله عليه الصلاة والسلام: «**كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه**».

وَلَوْ قَطَعَ السَّهْمُ هَوَاءَ أَطْرَافِ الْحَرَمِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا يَأْكُلُهُ

أي: وهما معاً في الحل.

وقوله: (**لا يَأْكُلُهُ**) أي: وعليه الجزاء، وهكذا حكى اللخمي عن ابن القاسم. وقال أشهب: يؤكل ولا جزاء عليه. ووقع في بعض النسخ تصريح بهذين القولين، ونصها: فقال ابن القاسم: لا يأكله وعليه الجزاء، وقال أشهب: يأكله ولا جزاء عليه.

ابن عبد السلام: ووافق أشهب عبد الملك بشرط البعد من الحرم، ولا أدري كيف يتصور البعد في رمية السهم.

وَلَوْ تَخَطَّى الْكَلْبُ طَرَفَ الْحَرَمِ فَلا جَزَاءَ إِلا إِذَا لَمْ يَكُنْ طَرِيقٌ سِوَاهُ

قوله: (**فَلا جَزَاءَ**) أي: وليست كالرمية؛ لأن الكلب إذا كان له طريق للصيد من غير الحرم لم يكن صاحبه منتهكاً حرمة الحرم، وتبع المصنف هنا ابن شاس. وقال اللخمي بعد أن ذكر القولين المتقدمين في السهم: وإرسال الكلب كإرسال السهم، وأنه لا جزاء في الجميع ويؤكل أحسن؛ لأن المنع إنما يكون في الصيد إذا كان في الحرم، قال: وإن رمى صيداً في الحل والصيد في الحل ثم تحامل فمات في الحرم، فإن كان أنفذ مقاتله في الحل أكل، واختلف إذا لم تنفذ مقاتله، فقال أشهب في العتبية: يؤكل. وقال أصبغ في الموازية: لا يؤكل، ولا جزاء عليه. وقول أشهب أَبْيَن؛ لأنه إنما مات من تلك الرمية بالحضرة فكانت مقتلاً، وليست بمنزلة من ضرب رجلاً فلم تنفذ مقاتله حتى قتله آخر، فإن الثاني يقتل به؛ لأن الضرب من رجلين وهذه ضربة واحدة وهي التي قتلته. انتهى. التونسي: والأشبه إذا لم ينفذ مقاتله في الحل فمات في الحرم أن عليه الجزاء ولا يؤكل. وقد اختلف إذا وقعت الضربة وهو عبد ثم أعتق فمات: فقيل: دية حر ولا قود في ذلك وهو قول ابن القاسم. وقيل: قيمة عبد وهو قول أشهب. وأما لو أنفذ مقاتله في الحل ثم مات في الحرم فالقياس ألا جزاء عليه، إلا ما روي عن ابن القاسم فيمن ضرب رجلاً فأنفذ مقاتله ثم ضربه آخر فقتله، قال: يقتل الثاني ولا قتل على الأول انتهى. وكلام اللخمي يرد على هذا التخريج.

وَلَوْ أَرْسَلَهُ بِقُرْبِ الْحَرَمِ فَدَخَلَ ثُمَّ خَرَجَ فَقَتَلَهُ فَالْجَزَاءُ، وَإِنْ كَانَ بَعِيداً فَلا جَزَاءَ

لأنه مع القرب منتهكاً حرمة الحرم بخلاف البعد. **الباجي**: والبعد ما يغلب على ظنه أن الكلب يدركه قبل، أو يرجع عنه. الباجي وغيره: ولا يؤكل الصيد في الوجهين؛ لأنه يحرم بحرمة الحرم. فإن أرسله بقرب الحرم فقتل قبل أن يدخل فقال مالك وابن القاسم: لا جزاء عليه. وقال ابن عبد الحكم: عليه الجزاء.

أبو إبراهيم: ولو جرى الصيد من الحل وأدخله في الحرم ثم خلا عنه حتى خرج الصيد من غير أن يخرجه، ثم أتبعه فقتله في الحل، فينبغي أن يؤكل كمسألة العصير يصير خمراً ثم يتخلل.

وَلَوْ أَصَابَهُ عَلَى فَرْعٍ أَصْلُهُ فِي الْحَرَمِ فَقَوْلانِ

أي: والفرع في الحل. ومذهب المدونة سقوط الجزاء؛ لأنه صاد في الحل. زاد فيها: ولا بأس بصيده ويؤكل، وتوقف فيها مالك ولم يجب فيه بشيء، والجزاء لعبد الملك؛ لأن ما تقدم أن ما قارب الحرم فله حكمه، وعكس هذه المسألة يجب عليه الجزاء اتفاقاً.

سند: وإن كان بعض الصيد في الحرم وبعضه في الحل ففيه الجزاء وقاله الشافعي.

وَلَوْ كَانَ بِيَدِهِ فَأَحْرَمَ زَالَ مِلْكُهُ وَوَجَبَ عَلَيْهِ إِرْسَالُهُ وَإِلا ضَمِنَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ مَعَهُ فِي الرُّفْقَةِ، أَمَّا لَوْ كَانَ فِي بَيْتِهِ فَأَحْرَمَ فَمِلْكُهُ بَاقٍ .....

لما ذكر أولاً أن الجزاء يلزمه بالمباشرة والتسبب وبقاء اليد وتكلم على الأولين أردف ذلك بالكلام على الثالث. ومعناه: أنه إن أحرم وبيده صيد، سواء كان في قفص أو غيره، أو في رفقته - وجب عليه إرساله، فإن لم يفعل وتلف فعليه جزاؤه. ونقل اللخمي أن محمداً قال: ليس عليه إرساله إن كان معه في رفقة. واختلف هل يزول ملكه عنه بمجرد الإحرام؟ المشهور وهو مذهب المدونة أنه يزول.

ابن القصار والأبهري: إنما يجب عليه الإرسال فقط، ولا يزول ملكه عنه. وتظهر ثمرة الخلاف لو أفلته أحد منهم هل تلزمه قيمته أم لا؟ فعلى المشهور لا تلزم، وكذلك لو أفلته صاحبه، وأخذه غيره قبل أن يلتحق بالوحش وبقي بيد آخذه حتى حل صاحبه من إحرامه - فعلى المشهور هو لآخذه، وكذلك لو أبقاه بيده ثم حل هل يلزمه إفلاته؟ فعلى المشهور يلزم، وكذلك لو ذبحه بعد الإحلال فعلى المشهور يلزمه جزاؤه.

ابن راشد: ويشكل على هذا الحلال يدخل الحرم بصيده فإنه يملكه، ولا فرق بين الحلال يحرم وبيده صيد أو يدخل الحرم وهو بيده؛ لأن الحرم في المنع كالإحرام. وقد يفرق بينهما أن الإحرام قريب بخلاف الحلال في الحرم فإنه يطول ويؤدي ذلك إلى المشقة، لا سيما في حق من هو من أهل مكة ونحوهم والله أعلم.

وأورد على المشهور أيضاً الخمر يؤمر من هي بيده من المسلمين بإراقتها فيمسكها حتى تتخلل بنفسها فلا تجب إراقتها على المشهور.

وقوله: (**أَمَّا لَوْ كَانَ فِي بَيْتِهِ فَأَحْرَمَ فَمِلْكُهُ بَاقٍ**) هكذا في المدونة. وقيده بعضهم بما إذا لم يحرم من موضعه، وأما إذا أحرم منه فيجب عليه أيضاً إرساله، وأبقاه التونسي وابن يونس على ظاهره، قالا بعد قول ابن القاسم: وسواء أحرم من منزله أو ميقاته، خلاف ما تأول بعضهم أنه إن كان إحرامه من منزله وجب عليه إرسال ما عنده من الصيد كما في القفص. والفرق أن القفص حامل له وينتقل بانتقاله فهو كالذي في يده، وما في البيت ليس في يده وهو مرتحل عنه وغير مصاحب له فافترقا.

فرعان:

الأول: لو أحرم وبيده صيد وديعة رده لصاحبه إن كان حاضراً.

ابن حبيب: ويطلقه صاحبه إن كان محرماً. فإن كان غائباً أبقاه بيده حتى يقدم صاحبه. قال في الموازية: وإن أرسله ضمنه ولو استودعه إياه حلال وهو محرم لم يجز له أن يقبله منه، فإن قبله وجب عليه إطلاقه وغرم لربه قيمته.

الثاني: لو وهب له صيد فقال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أنه لا يجوز للمحرم قبوله بعد إحرامه ولا شراؤه ولا اصطياده ولا استحداث ملكه بوجه من الوجوه لعموم قوله تعالى: ﴿ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ﴾. ولحديث ابن جثامة الذي رواه مالك: **أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً وهو بالأبواء أو بودان فرده عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما في وجهي، قال: «إنا لم نرده عليك، إلا أنا حرم»**. واختلف في المحرم يشتري الصيد، فقيل: الشراء فاسد، وقيل: صحيح وعليه أن يرسله. **ابن عبد البر**: وروي في هذا الحديث **أنه أهدي له لحم حمار وحشي**، وفي رواية **عضداً من لحم صيدٍ**. انتهى. وبصحة الشراء قال ابن حبيب، قال: وإن رده على الحلال فعليه جزاؤه. قال الباجي: قوله: أهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً هكذا رواه الزهري عن عبد الله بن عباس، وهو أثبت الناس فيه وأحفظهم عنه. انتهى. وكذلك ذكر ابن راشد أنه لا يجوز للمحرم قبول الصيد. وقال الباجي: مسألة ومن أهدي له صيد في حال إحرامه فقبله لم يكن له رده - على قياس المذهب؛ لأنه قد ملكه بالقبول على قول ابن القصار وقد خرج عن ملك الواهب، وإن لم يدخل في ملك الموهوب له على مذهب القاضي أبي إسحاق فليس له أن يرده على واهبه إن كان حلالاً.

وَالْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ كَالْعَمْدِ فِي الْجَزَاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: أنه لا فرق على المشهور في وجوب الجزاء بين أن يقتل الصيد عمداً أو خَطَأً أو نسياناً. وقال ابن عبد الحكم: لا جزاء في غير العمد ولا في العمد إذا تكرر، وإنما يجب بالأول، واحتج بمفهوم الآية. والجواب أنها خرجت مخرج الغالب.

وَلَوْ أَكَلَهُ فِي مَخْمَصَةٍ ضَمِنَهُ

أي: أن المحرم إذا اضطر إلى الصيد فإنه يجوز له أكله.

وقوله: (**ضَمِنَ**) أي: عليه جزاؤه، ونحوه لعبد الوهاب وابن شاس وغيرهما، وهو الأصل. وحكى اللخمي وابن راشد قولين آخرين:

أحدهما: أنه لا يجوز لعموم النهي.

والثاني: أنه يجوز ولا جزاء. وهما كالقولين فيمن أشرف على الموت فأعطاه رجل ما أحياه من الخمر.

فرع:

في الموطأ أن المحرم المضطر يأكل الميتة ولا يصيد، قال: لأن الله تعالى لم يرخص للمحرم في أكل الصيد ولا في أخذه في حال، وأرخص في الميتة للضرورة. وقال محمد بن عبد الحكم: لو نابني ذلك لأكلت الصيد وتركت الميتة، وقيد الأول بها إذا لم تكن الميتة متغيرة يخشى على نفسه منها، وأما الميتة مع ما صيد لأجل المحرم، فروى محمد عن مالك: يأكل الصيد ويؤدي جزاءه أحب إلينا. **الباجي**: يريد لأن القائلين بأن هذا مباح أئمة مشهورون، فكان أولى من أكل ما اتفق [٢٠٧/ أ] على أنه ميتة.

أَمَّا لَوْ عَمَّ الْجَرَادُ الْمَسَالِكَ سَقَطَ الْجَزَاءُ بِالاجْتِهَادِ بِخِلافِ مَا لَوْ تَقَلَّبَ عَلَى جَرَادٍ أَوْ ذُبَابٍ أَوْ غَيْرِهِ ....

قوله: (**بِالاجْتِهَادِ**) أي: إذا تحفظ منه. وهذا كقوله في الجواهر: فلا شيء عليه إذا لم يتعمده. وكذلك قال في المختصر: لا شيء على الناسي فيه إذا لم يتعمد وقتله. قال: ولو أطعم مساكين لم أر بذلك بأسا.

وفي رواية ابن وهب في الذباب يطأ عليه، ولا يمتنع من ذلك لكثرته فليطعم مسكيناً أو مسكينين. وقال بعد ذلك: لا شيء عليه في مثل هذا الغالب. **ابن عبد الحكم**: وهو أحب إلينا.

قوله: (**بِخِلَافِ مَا لَوْ تَقَلَّبَ**) أي: ولم يكثر فعليه ضمانه. وفي المدونة: وإذا وطئ الرجل ببعيره على ذباب أو ذر أو نمل فقتلهن فليتصدق بشيء من الطعام. وقال في الموازية: قبضة من طعام، وقال محمد: بحكومة، وإن أخرج بغير حكومة أعاد. وقال ابن رشد: ظاهر المدونة لا حكومة في الجراد. أما لو قتلت الدابة شيئاً بنفسها من غير تسبب منه فلا شيء عليه.

خليل: انظر كيف أوجبوا عليه هنا الضمان وأسقطوا عنه الفدية فيما إذا ألقت الريح الطيب عليه، مع أن التغلب على ما ذكر أكثر من رمي الريح الطيب عليه، ولعل ذلك لعظم ما يترتب على الطيب، ولأن قتل الجراد من باب قتل الصيد وهو لا فرق فيه بين العمد والخطأ.

وَعَلَى كُلٍّ مِنَ الْمُشْتَرِكِينَ جَزَاءٌ كَامِلٌ

نبه بهذا على خلاف الشافعي في قوله: إنه ليس على الجميع إلا جزاء واحد.

ومنشأ الخلاف هل هو من باب الكفارة أو من باب الفدية؟ واستدل الشافعي بقوله تعالى: ﴿ فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾ وقولنا أظهر؛ لأن الله تعالى سماه كفارة فقال: ﴿ أَوْ كَفَّـٰرَةٌ طَعَامُ مَسَـٰكِينَ ﴾.

وقوله: (**الْمُشْتَرِكِينَ**) أي: في قتل الصيد الممنوع بالإحرام والحرم.

وحكى في الذخيرة قولاً كمذهب الشافعي فإنه قال: إن المشهور أن الجزاء من باب الكفارة. وقيل: إنه من باب قيم المتلفات، وهو أحد الأقوال لنا وللعلماء انتهى.

فَإِنْ أَمْسَكَهُ مُحْرِمٌ لِيُرْسِلَهُ فَقَتَلَهُ مُحْرِمٌ فَعَلَى الْقَاتِلِ، فَإِنْ قَتَلَهُ حَلالٌ فَعَلَى الْمُمْسِكِ، وَيَغْرَمُ الْحَلالُ لَهُ الأَقَلَّ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: لا شَيْءَ عَلَيْهِمَا، فَإِنْ أَمْسَكَهُ لِلْقَتْلِ فَقَتَلَهُ مُحْرِمٌ فَهُمَا شَرِيكَانِ، فَإِنْ قَتَلَهُ حَلالٌ فَعَلَى الْمُمْسِكِ

يعني: أن المحرم إذا أمسك صيداً فإما أن يمسكه ليرسله أو يقتله. والأول إن قتله حرام سواء كان محرماً أو حلالاً في الحرم، وجب الجزاء على القاتل فقط؛ لأن الممسك لا يمسكه للقتل، وإنما فعل ما يجوز له. وإن قتله حلال وجب على الممسك جزاء لئلا يخلو الصيد عن الجزاء.

قوله: (**وَيَغْرَمُ الْحَلالُ لَهُ الأَقَلَّ**) أي: إذا ألزمنا الممسك الجزاء فإن الحلال القاتل يغرم للممسك الأقل من قيمة الصيد أو الجزاء. وقال سحنون: لا شيء عليهما، أما الحلال فواضح، وأما الممسك فلأنه فعل ما يجوز له.

اللخمي: وهو القياس. وإن أمسكه للقتل فإن قتله حرام فعلى كل واحد منهما الجزاء لأنهما شريكان في قتله، وإن قتله حلال فعلى الممسك فقط. وحكى اللخمي عن أشهب فيما إذا أمسكه ليقتله: فإن قتله في يده حلال في الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء، ويغرم الحلال قيمته للمحرم، وإن كان في الحل غرم له قيمته والجزاء على المحرم وحده، قال: وقال محمد: على القاتل القيمة ما لم تكن أكثر من الجزاء فلا يلزمه إلا الجزاء؛ لأن المحرم يقول: كنت أقدر على السلامة بإطلاقه، فعليك ما أدخلت علي قتله. انتهى والله أعلم.

وَمَا صَادَهُ الْمُحْرِمُ أَوْ ذَبَحَهُ فَكَالْمَيْتَةِ لِلْحَلالِ وَالْحَرَامِ، وَلا جَزَاءَ فِي أَكْلِ الْمَيْتَةِ وَكَذَلِكَ الْبَيْضُ ....

قوله: (**وَمَا صَادَهُ الْمُحْرِمُ**) أي: مات بصيده، (**أَوْ ذَبَحَهُ**) يعني: من الصيد وإن لم يصده فهو في الوجهين كميتة لا يحل أكله لحلال ولا حرام. ومن أكل منه فلا شيء عليه؛

لأنه أكل ميتة ولا شيء على آكلها، وهذا هو المشهور. ووقع في رواية أشهب توقف في وجوب الجزاء إذا أكل المحرم من الصيد بعد ذبحه، أو أكل منه محرم آخر، وهذا هو مذهب الجمهور. وذهب جماعة إلى أنه ليس بميتة، ودليلنا قوله تعالى: ﴿ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾ والنهي يدل على الفاسد. وما رواه البخاري ومسلم: **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج حاجاً، فخرجوا معه، فصرف طائفة منهم، فيهم أبو قتادة فقال: «خذوا ساحل البحر حتى نلتقي». فلما انصرفوا أحرموا كلهم إلا أبا قتادة لم يحرم، فبينما هم يسيرون إذ رأوا حمر وحش، فحمل أبو قتادة على الحمر، فعقر منها أتاناً، فنزلنا وأكلنا من لحمها، ثم قلنا: أنأكل لحم صيد ونحن محرمون؟ فحملنا ما بقي من لحمها، فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال: «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟» قالوا: لا. قال: «كلوا ما بقي من لحمها»**. وفي رواية: **«هل معكم منه شيء؟» فقلت: نعم، فناولته العضد فأكله.** فيه دليل على أنه لو أمره أحد أن يحمل، أو أشار إليها لم تؤكل. وفي أبي داود: **«صيد البر لكم حلال، ما لم تصيدوه أو يصطاد لكم»**. زاد الترمذي: **«وأنتم حرم»**. **فإن قلت**: يشكل مذهب الجمهور بالشاة المغصوبة يذبحها الغاصب؛ لأنها ليست عندهم بميتة، فلا فرق بينها وبين الضب يذبحه المحرم. **فالجواب**: أن النهي في الصيد [٢٠٧/ب] عن القتل، والذبح يستلزمه، بخلاف الغصب. ولأنه لما كان قصد الشارع الزجر عن قتله كان جعله ميتة على من صاده موافقاً لذلك؛ إذ لو لم يجعل ميتة لتذرع الناس إلى إمساك الصيد وقتله ويعطون جزاؤه لخفة أمره؛ لأن طالبه غير معين، ولا كذلك المغصوبة، فإنها صورة نادرة، وطلبها معين.

وقوله: **(وَكَذَلِكَ الْبَيْضُ)** أي: محرم، ولا جزاء على أكله بعد كسره. وانظر هل يحكم لقشر البيض بالنجاسة أم لا؟

وَيَأْكُلُ الْمُحْرِمُ مَا صَادَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِحَلالٍ

تصوره ظاهر ودليله حديث أبي قتادة المتقدم. وحكى الباجي على ذلك الاتفاق. وظاهر كلام ابن رشد حصول الخلاف في هذه الصورة ولفظه: وفي جواز أكل المحرم لحم ما صاده الحلال من الحل أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك جائز من غير تفصيل.

والثاني: أن ذلك لا يجوز من غير تفصيل.

والثالث: أنه يجوز إلا أن يكون صيد له.

والرابع: أن ذلك جائز إلا أن يكون صيد له أو لغيره من المحرمين. انتهى.

ولعله أراد الخلاف خارج المذهب، فإن الخلاف الذي ذكره منقول خارج المذهب، ويتفق نقله مع الباجي والله أعلم.

فَإِنْ صِيدَ أَوْ ذُبِحَ لِمُحْرِمٍ فَلا يَأْكُلُهُ مُحْرِمٌ وَلا غَيْرُهُ، فَإِنْ أَكَلَهُ الْمُحْرِمُ عَالِماً، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: عَلَيْهِ الْجَزَاءُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ هُوَ الَّذِي صِيدَ لَهُ، وَقَالَ أَصْبَغُ: لا جَزَاءَ، وَغَيْرُ هَذَا خَطَأٌ ....

أي: سواء صيد لمحرم معين أو غير معين، رواه ابن المواز عن مالك. وكون الحرمة عامة في حق من صيد له أو لم يصد له، حلالاً كان أو حراماً هو مذهب علي رضي الله عنه. وفي الموطأ عن عثمان رضي الله عنه: إنما يمتنع الصيد إذا صيد لمحرم في حق من صيد له من المحرمين فقط. قال في المدونة والمبسوط: ولم يأخذ مالك بحديث عثمان رضي الله عنه.

قوله: (**أَوْ ذُبِحَ لِمُحْرِمٍ**) لا يتناول مَنْ مراده الإحرام قبل إحرامه؛ لأن المحرم حقيقة من صدر منه الإحرام. وذكر الباجي فيما للمحرم وتمت ذكاته قبل إحرامه روايتان بالجواز والكراهة. وذكر أن الجواز رواه ابن القاسم وأشهب، وأن الكراهة أيضاً رواها ابن القاسم. وقال: الجواز أظهر.

قوله: (**وإن أكل... الخ**) أي: إذا بنينا على أن ما صيد أو ذبح لمحرم لا يأكل منه حلال ولا حرام، فأكل منه محرم، فقال ابن القاسم: إن كان عالماً أنه صيد من أجله أو من أجل محرم غيره فالجزاء عليه. وإن لم يعلم فلا شيء عليه وإن صيد من أجله. وبه قال أشهب؛ لأن أكله مع علمه لصيده كرضاه به. والقول الثاني رواه محمد عن مالك: أن عليه الجزاء بشرط أن يكون هو الذي صيد له برضاه، وتتميمه الفساد.

ابن عبد البر: ولم يختلف قول مالك في المحرم يأكل من صيد يعلم أنه صيد من أجله أن عليه جزاء ذلك الصيد. والقول الثالث لأصبغ: فلا جزاء على الآكل؛ لأنه لم يقتله والله عز وجل إنما أوجب الجزاء على القاتل، ولأن غاية أمره أن يكون أكل ميتة، ولا جزاء في أكلها. ولما اتضح هذا لأصبغ صرح بخطأ ما عداه. وظاهر كلام المصنف نفي الخلاف إذا أكله المحرم غير عالم سواء صيد من أجله أم لا، وإنما ذلك إذا أكله محرم ولم يصد من أجله. وأما إن أكله من صيد لأجله فذكر اللخمي فيه ثلاثة أقوال يفصل في الثالث بين أن يكون عالماً أو غير عالم.

وَلَيْسَ الإِوَزُّ وَالدَّجَاجُ بِصَيْدٍ؛ فَلِذَلِكَ يَذْبَحُهُ الْمُحْرِمُ وَالْحَلالُ فِي الْحَرَمِ بِخِلافِ الْحَمَامِ وَإِنْ لَمْ تَطِرْ؛ لأَنَّهَا مِمَّا يَطِيرُ ....

لما انقضى كلامه في الصيد والصائد أخذ يتكلم في المصيد، وذكر أنه يجوز ذبح الإوز والدجاج؛ أي: لأنه إنما يحرم الصيد. قال في العتبية: ولا بأس أن يأكل بيض الدجاج والإوز، ولا يأكل بيض الحمام. قال في المدونة: وكره مالك أن يذبح المحرم الحمام الوحشي وغير الوحشي والحمامة الرومية التي لا تطير وإنما تتخذ للفراخ؛ لأنها من أصل ما يطير. انتهى. وهذه الكراهة تحتمل أن تكون على بابها، فإن فعل فلا جزاء، وهو مذهب مالك في كتاب ابن حبيب، ويحتمل أن تكون للمنع، فإن فعل فعليه الجزاء وهو قول مالك في الموازية وقول أصبغ.

فرع:

قال ابن القاسم: فإن أصاب المحرم حماماً وحشياً بعد أن دجن وداه.

قال مالك: ولا يذبح فراخ برج له، ولا بأس بما ذبح أهله منه ولا يأكل هو ما ذبحوا له منه. **أشهب**: ولا بأس أن يأكل ما ذبحوا منه لأنفسهم وهو محرم.

وَيَجُوزُ أَنْ يَذْبَحَ الْحَلالُ فِي الْحَرَمِ الْحَمَامَ، وَالصَّيْدَ يُدْخِلُهُ مِنَ الْحِلِّ وَلَمْ يَكْرَهْهُ إِلا عَطَاءٌ ثُمَّ رَجَعَ ....

لأنهم لو منعوا ذلك لشق عليهم لطول أمرهم. ولهذا قال سند: وأما العائد بالصيد إلى الحرم وهو عابر سبيل فلا يذبح فيه؛ لعدم الضرورة.

ابن القاسم: ويجب عليه إرساله، فإن أكله بعد خروجه من الحرم وداه. وقال في العتبية: إنه لا بأس أن يذبح أهل مكة الحمامة الرومية التي تتخذ للفراخ.

ابن رشد: فيه دليل على أنهم لا يذبحون سائر الحمام وسائر الطير الوحشي وسائر الصيد إذا دخلوا به من الحل، قال: وهو خلاف المعلوم من المذهب، والأولى أن لو قال: يدخلهما من الحل؛ لأن العطف بالواو. وكلامه يوهم عوده على الصيد فقط وليس كذلك.

وَيَحْرُمُ قَطْعُ مَا يَنْبُتُ لا مَا يُسْتَنْبَتُ فِي الْحَرَمِ إِلا الإِذْخِرَ وَالسَّنَا، وَيُكْرَهُ اخْتِلاؤُهُ لِلْبَهَائِمِ لِمَكَانِ دَوَابِّهِ لا رَعْيُهُ ....

الأصل في هذا ما رواه البخاري ومسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال يوم فتح مكة: **«إن هذا البلد حرمه الله تعالى يوم خلق السماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، وأنها لم يحل القتال فيه لأحد قبلي، ولم يحل [٢٠٨/أ] لي إلا ساعة من نهار، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، لا يعضد شوكه، ولا ينفر صيده، ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها، ولا يختلى خلاها». فقال العباس: إلا الإذخر؛ فإنه لقينهم وبيوتهم فقال: «إلا الإذخر»**. والعضد: القطع. والخلى: مقصور بفتح الخاء: الحشيش إذا كان رطباً.

واختلاؤه: قطعه. **والإذخر**: نبت معروف طيب الرائحة. **والقين**: الحداد. زاد أهل المذهب: السَّنا لشدة الحاجة إليه في الأدوية ورأوه من قياس الأولى؛ لأن حاجة الناس إليه أكثر من حاجة أهل مكة إلى الإذخر.

وقوله: (**مَا يَنْبُتُ**) أي: بنفسه من عند الله.

وقوله: (**لا مَا يُسْتَنْبَتُ**) أي: بعلاج كشجر الرمان وغيره. والبقل كله كالكرات والخس والسلق وشبهه، فيجوز قطعه.

وقوله: (**إلا الإذْخِرَ وَالسَّنَا**) مستثنى من قوله: (**وَيَحْرُمُ**).

وقوله: (**وَيُكْرَهُ اخْتِلاؤُهُ**) نحوه في المدونة ولفظها: وأكره أن يحتش في الحرم حلال أو حرام خيفة قتل الدواب، وكذلك الحرام في الحل، وإن سلموا من قتل الدواب فلا شيء عليهم. وأكره لهم ذلك. ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخبط، وقال: «**هشوا وارعوا**».

مالك: والهش: تحريك الشجر بالمحجن ليقع الورق، ولا يخبط ولا يعضد.

وَلَوْ نَبَتَ مَا يُسْتَنْبَتُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَالنَّظَرُ إِلَى الْجِنْسِ

أي: لو نبت بنفسه ما جرت عادته ألا ينبت إلا بفعل الآدمي جاز قطعه، ولو استنبت ما كان من عادته أن ينبت بنفسه كالبقول البرية وأم غيلان لم يجز قطعه، وهذا معنى قوله: (**فَالنَّظَرُ إِلَى الْجِنْسِ**) ونحو هذا في الجواهر، قال الباجي: ما غرس مما ينبت بنفسه فإنه يجوز قطعه عندي، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز ذلك، ووجه الإباحة أنه بمنزلة المتأنس من الوحش، فإن المحرم لا يمنع منه، قال: وإن كان مما يستنبت جاز، سواء نبت بنفسه أو بفعل آدمي، وهو كالمتأنس من الحيوان إذا توحش، فإن المحرم لا يمنع من صيده. انتهى.

قال في الذخيرة: ويكره له قطع شجر غيرالحرم إذا دخل في الحرم؛ لأنه ينفر بذلك الصيد منه، ورخص مالك في قطع العصا والعصوين من غير شجر الحرم. انتهى. والذي في النوادر: ومن الموازية: قال مالك: لا بأس أن يقطع في غير الحرم من الشجر مثل العصا والعصوين والقضيب لحاجته. قال مالك: ولا يخبط في الحرم لبعيره، ولا بأس أن يتفلى الحلال بالحرم.

وَلا جَزَاءَ فِي جَمِيعِهِ

يعني: أنه لا جزاء في قطع ما ذكرنا أنه لا يجوز قطعه، وإنما عليه الاستغفار خلافاً لأبى حنيفة والشافعي رضي الله عنهما.

وَالْمَدِينَةُ مُلْحَقَةٌ بِمَكَّةَ فِي تَحْرِيمِ الصَيْدِ وَالشَّجَرِ وَلا جَزَاء عَلَى الْمَشْهُورِ

ما ذكره من إلحاق المدينة بمكة نبه به على خلاف أبي حنيفة. ودليلنا ما في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**إني أحرم ما بين لابتي المدينة أن يقطع عضاهها ويقتل صيدها**» أي: بين الحرار الأربع.

ابن حبيب وغيره: وإنما ذلك في الصيد، وأما في قطع الشجر فبريد في بريد، وقاله مالك. والمشهور ما ذكره المصنف في نفي الجزاء في قتل صيدها، إما لأن الكفارات لا يقاس عليها، وإما لأن حرمة المدينة عندنا أشد فكانت كاليمين الغموس. والشاذ لابن نافع. واستدل في الذخيرة للمشهور بإجماع أهل المدينة، ولو كان فيه جزاء لعلم بالضرورة عندهم لتكرره. **اللخمي**: وعلى قول ابن نافع يحرم أكله. قال أشهب في الموازية: سئل مالك عن أكله، فقال: ليس كالذي يصاد بمكة، وإني لأكرهه. وفي الذخيرة: اختلف قول مالك في تحريم أكل هذا الصيد، وهو الأظهر سداً للذريعة، وقال مرة: يكره.

وَقَالَ مَالِكٌ: بَلَغَنِي أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ حَدَّدَ مَعَالِمَ الْحَرَمِ بَعْدَ الْكَشْفِ، وَحَدُّ الْحَرَمِ مِمَّا يَلِي الْمَدِينَةَ نَحْوَ أَرْبَعَةِ أَمْيَالٍ، يَنْتَهِي إِلَى التَّنْعِيمِ، وَمِنَ الْعِرَاقِ ثَمَانِيَةٌ إِلَى الْمَقْطَعِ، وَمِنْ عَرَفَةَ تِسْعَةٌ، وَمِمَّا يَلِي الْيَمَنَ سَبْعَةٌ إِلَى أَضَاةَ، وَمِنْ جُدَّةَ عَشَرَةٌ إِلَى مُنْتَهَى الْحُدَيْبِيَةِ، وَيُعْرَفُ الْحَرَمُ بِأَنَّ سَيْلَ الْحِلِّ إِذَا جَرَى نَحْوَهُ وَقَفَ دُونَهُ ...

قوله: (**وَقَالَ مَالِكٌ...** إلخ) هو لمالك في المدونة.

وقوله: (**وَحَدُّ الْحَرَمِ**) هو كذلك في النوادر، ولفظه: ومن غير الموازية لغير واحد من أصحابنا: أن حد الحرم مما يلي المدينة نحو أربعة أميال إلى منتهى التنعيم. وما يلي العراق ثمانية أميال إلى مكان يقال له المقطع، ومما يلي عرفة تسعة أميال، ومما يلي طريق اليمن سبعة أميال إلى موضع يقال له: أضاة. ومما يلي جدة عشرة أميال إلى منتهى الحديبية. قال مالك: والحديبية في الحرم. انتهى.

الباجي: وفيه نظر والذي عندي أن بين مكة وعرفة ثمانية عشر ميلاً، وهو نحو ما بين مكة والحديبية، وبين مكة والجعرانة، وبين مكة وحنين، وهذه مسافات متقاربة، ولو كان بين مكة والحديبية عشرة أميال لم يكن بين مكة وجدة ما تقصر فيه الصلاة، وقد قال مالك: إن بينهما ثمانية وأربعين ميلاً وتقصر فيه الصلاة، وإنما يقع الاختلاف لاختلاف الناس في الحزر في قدر الميل، والذي حكى ابن حبيب أنه ألف باع وكل باع بذراعين، وأهل الحساب وكثير من الناس [٢٠٨/ ب] معتمدون على أن كل باع أربعة أذرع. وأما التنعيم فإني أقمت بمكة وسمعت أكثر الناس يذكرون أنها خمسة أميال ولم أسمع في ذلك اختلافاً مدة مقامي بها، ولو كان بين مكة والتنعيم أربعة أميال لوجب أن يكون بين مكة والحديبية على هذا التقدير قريب من خمسة عشر ميلاً؛ لأنه أزيد من ثلاثة أمثالها. انتهى.

قال في النوادر: وقال ابن القاسم: ومزدلفة في الحرم، وسمعت بأن الحرم يعرف بأن لا يجري سيل من الحل فيدخل الحرم، وإنما يخرج السيل من الحرم إلى الحل وهو يجري من الحل، فإذا انتهى إلى الحرم وقف ولم يدخل فيه، ولا يدخل الحرم إلا سيل الحرم.

الْمَوَانِعُ مِنْهَا حَصْرُ الْعَدُوِّ وَالْفِتَنُ، وَهُوَ مُبِيحٌ لِلتَّحَلُّلِ، وَنَحْرِ الْهَدْيِ فَيَنْحَرُ وَيَحْلِقُ حَيْثُ كَانَ وَيَرْجِعُ، فَإِنْ أَخَّرَ حِلاقَهُ إِلَى بَلَدِهِ حَلَقَ وَلا دَمَ، إلا أَنْ يَرْجُوَ زَوَالَهُ فِيمَا يُدْرِكُ فِيهِ الْحَجُّ ...

قوله: (**الْمَوَانِعُ**) أي: من الحج. وهي خمسة كما سيأتي وهي: العدو وفي معناه الفتن والمرض وحبس السلطان ومنع السيد والزوج، وزاد ابن شاس منع الأبوين. وكأن المصنف أسقطه؛ إما لأنه مختلف فيه وإما لأنه لا يمنع من إتمام النسك وإن منع منه ابتداءً - بخلاف العدو والمرض وحبس السلطان ومنع السيد فإنها تمنع ابتداءً ودواماً. واختلف في الزوجة هل تمنع الدوام أم لا؟

قوله: (**وَهُوَ**) أي: الحصر في العدو والفتن مبيح للتحللِ من النسك موجب لنحر الهدي إن كان معه، إلا أن يرجو الزوال كما قال المصنف.

فرع:

فإن قدر على التقرب لمكة ومنع منها فقال الباجي: له عندي أن يحل بموضعه. **اللخمي**: فالمعنى: وللمحصر بالعدو خمس حالات يصح الإحلال في ثلاث ويمنع في وجه، ويصح في وجه إذا اشترط الإحلال. وأما الثلاثة: فأن يكون العدو طارئاً بعد الإحرام أو متقدماً ولم يعلم أو علم وكان يرى أنه لا يصده، وقد أحرم النبي صلى الله عليه وسلم والمشركون بمكة، وهو يرى أنهم لا يمنعونه، فلما منعوه حل، والرابع: أن يعلم منعهم إياه فهذا لا يجوز له الإحلال.

واعترضه ابن بشير وقال: ظاهر المذهب أن له التحلل كيف كان الأمر. وفيه نظر فقد نقل الباجي عن ابن المواز عن مالك أن من علم بالحصر لا يحرم، فإن فعل فليس له حكم المحصور. **ابن هارون**: وما رأيت خلافاً كما نقله الباجي واللخمي انتهى.

واقتصر التونسي على أنه إذا أحرم بعد علمه بالحصر أنه لا يحل إلا بالبيت.

وكذلك نقل سند ابن القاسم أنه إذا أحصر ثم أحرم فلا يحله إلا البيت؛ لأنه ألزم نفسه ذلك بعد العلم بالمنع كالمسافر يصبح صائماً في السفر. الخامس: أن يشك في ذلك فهذا إن منعوه لم يحل إلا أن يشترط الإحلال كما فعل ابن عمر.

خليل: وظاهر المذهب أن شرط الإحلال لا ينفع؛ لأن المازري لما تكلم عن حديث ضباعة الذي في مسلم، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لها: «**حجي واشترطي وقولي: اللهم محلي حيث حبستني**». زاد النسائي: «**فإن لك على ربك ما استثنيت**». قال جمهور الفقهاء إن ذلك لا ينفع، وحملوا حديث ضباعة على أنها قضية في عين خصت لهذه المرأة. قال صاحب الإكمال: لا يرى مالك وأبو حنيفة الاشتراط نافعاً خلافاً لأحمد. وعن الشافعي القولان. وتأوله آخرون على معنى النية بالتحلل بعمرة، وقد جاء ذلك مفسراً في بعض الروايات. قال الأصيلي: لا يثبت في الاشتراط إسناد صحيح. قال النسائي: لا أعلم أسنده عن الزهري غير معمر، وقد أنكر الزهري الاشتراط. انتهى.

النووي: وهذا الذي عَرَّض به القاضي وقال به الأصيلي من تضعيف الحديث غلط فاحش جداً نبهت عليه لئلا يغتر به؛ لأن هذا الحديث مشهور في صحيح البخاري ومسلم وسنن أبي داود والترمذي والنسائي وسائر كتب الحديث المعتمدة من طرق متعددة بأسانيد كثيرة عن جماعة من الصحابة. وفي ذكر مسلم من تنويع طرقه أبلغ كفاية.

وقوله: (**وَلَو أَخَّرَ حِلاقَهُ إِلَى بَلَدِهِ حَلَقَ وَلا دَمَ**) مثله في المدونة؛ لأن الحِلاق لما وقع في غير زمانه ومكانه لم يكن نسكاً بل تحللاً فقط.

وَفِيمَا يُكْتَفَى بِهِ ثَلاثَةُ أَقْوَالٍ؛ الظَّنُّ وَالشَّكُّ وَالْعِلْمُ، وَرَوَى أَشْهَبُ يَنْتَظِرُ حَتَّى لَوْ خُلِّيَ لَمْ يُدْرِكِ الْحَجَّ ...

أي: وفيما يكتفى به في جواز الإحلال ثلاثة أقوال؛ قيل: يكتفى بالظن لأن الأحكام في الغالب تناط به، وقيل: بالعلم؛ لأنه لما دخل فيه لزمه فلا يخرج إلا بيقين.

ابن راشد: وهذه الأقوال لم أقف عليها على هذه الصور، ففي التبصرة: مذهب ابن القاسم أنه إذا كان على إياس من انكشاف العدو حل مكانه، وإن كان يرى أنه يذهب قبل ذلك أو يشك أمسك إلى وقت ذهاب العدو ولم يدرك فحينئذ يحل، فعلق الإحلال بالإياس، وذلك قد يحصل بالعلم وبغلبة الظن، وأما الشك فلا. وقد صرح بأنه يمسك إذا شك. وقال أشهب: لا يحل إلى يوم النحر، ولا يقطع التلبية حتى يروح الناس إلى عرفة. وقال ابن بشير: إن تيقن دوام العدو إلى أن يفوته الحج فههنا قولان؛ المشهور أنه يحل، وإن تيقن زوال المانع أو شك فلا يجوز له التحلل بلا خلاف. فحكى الاتفاق في الشك، فتأمل هذا الموضع [٢٠٩/ أ] فإنه عندي مشكل. وقال ابن هارون: وما علمت من قال إنه يباح له التحلل بالشك غير المؤلف. انتهى.

واعلم أنه وقع في المدونة موضعان؛ **الأول** أنه إذا يئس أن يصل إلى البيت فيحل بموضعه حيث كان. قال في التهذيب: وقال في **موضع آخر**: لا يكون محصوراً حتى يفوته الحج ويصير إن خلي لم يدرك الحج فيما بقي من الأيام. فذهب ابن يونس إلى أن الأول راجع إلى الثاني، قال: وقاله بعض شيوخنا. وقال غيره: بل ذلك اختلاف قول، والأول أبين. انتهى.

قوله: (**وَرَوَى أَشْهَبُ**) قد تقدم وجهه أن الحج لما كان معلقاً بوقت وكان الإمساك عن الوطء والطيب وغيره طاعة، وقد التزم المحرم بالحجِ الإمساكَ عن هذه الأشياء إلى وقتٍ كان عليه أن يبقى على تلك الطاعة إلى ذلك الوقت.

اللخمي: ويلزم على قوله أنه إن أحرم بعمرة وهو على بعد ألا يحل إلا في الوقت الذي يحل فيه لو لم يحصر. **ابن عبد السلام**: وأما قول المؤلف: (**وروي أيضاً: ينتظر حتى لو خلي لم يدرك الحج**) فهو في الحقيقة غير القول الذي اعتبر فيه العلم. انتهى.

وفيه نظر؛ لأن علمه بمقام العدو قد يكون قبل ما لو خلي لم يدرك الحج.

فرع:

قال في المبسوط فيمن حل له الإحلال فلم يفعل حتى أصاب النساء: إن كان نوى أن يحل فلا شيء عليه، وإن نوى أن يقيم على إحرامه لقابل فقد أفسد حجه وعليه أن يقضي حجته تلك.

وَلَوْ وَقَفَ وَحُصِرَ عَنِ الْبَيْتِ فَفِيهَا: تَمَّ حَجُّهُ، وَلا يُحِلُّهُ إِلا الإِفَاضَةَ وَعَلَيْهِ لِجَمِيعِ فَائِتِهِ مِنَ الرَّمْيِ وَالْمَبِيتِ بِمُزْدَلِفَةَ وَمِنًى - هَدْيٌ كَمَا لَوْ نَسِيَ الْجَمِيعَ، وَقِيلَ: لا هَدْيَ عَلَيْهِ، وَقَالَ الْبَاجِيُّ: يَنْتَظِرُ أَيَّاماً فَإِنْ أَمْكَنَتْهُ الإِفَاضَةُ وَإِلا حَلَّ ...

نحوه في المدونة، ولم يبين فيها هل حصر بمرض أو عدو؟ وحملها سحنون على أنه بمرض وذكره عن مالك، ومثله في الواضحة، وكذلك في موضع من كتاب محمد، وفي موضع آخر منه: بعدو. **ابن أبي زيد**: ورواية بعدو أصوب. وقال غيره: لو كان بعدو لما لزم الهدي؛ لأن مذهب ابن القاسم سقوط الهدي عمن أحصر بعدو، وأجيب بأن ذلك إنما هو في حق من لم يقف بعرفة.

وقوله: (**وَلا يُحِلُّهُ إِلا الإِفَاضَةَ**) أي: لا يزال محرماً ولو أقام سنين - حتى يطوف للإفاضة؛ إذ لا يتم الحج إلا به، وعليه لجميع فائته من الرمي والمبيت بمزدلفة ومنى - هدي، كما لو نسي الجميع، وقال التونسي في هذه المسالة: الأشبه أن يخير بين أن يبقى على

إحرامه أو يحل ويبطل حجه ويكون عليه الحج إن كان صرورة، قال: ولا يكون أسوأ حالاً ممن حصره العدو قبل وقوف عرفة.

وقوله: (**وَعَلَيْهِ لِجَمِيعِ فَائِتِهِ... إلخ**) هو مذهب المدونة.

وقوله: (**كَمَا لَوْ نَسِيَ الْجَمِيعَ**) هو كذلك في المدونة.

خليل: ولو قيل: إذا نسي الرمي والمبيت بالمزدلفة بالتعدد ما بَعُدَ؛ لتعدد الموجبات كما في العمد. وكأنهم لاحظوا أن الموجب واحد لا سيما وهو معذور. **ابن راشد**: والقائل بإسقاط الهدي قاسه على التحلل قبل الوقوف. وما ذكره عن الباجي هو كذلك في المنتقى، وهو يقتضي أنه حمل مسألة العدو.

فَإِنْ حُصِرَ عَنْ عَرَفَةَ فَقَطْ لَمْ يَحِلَّ إِلا أَنْ يَطُوفَ وَيَسْعَى وَلا يَكْفِي طَوَافُ الْقُدُومِ وَلا هَدْيَ عَلَيْهِ ...

لما كان حصر العدو على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يحصر عن البيت والوقوف.

والثاني: أن يحصر عن البيت فقط وتكلم المصنف عليهما. وأتبع ذلك بالكلام على القسم **الثالث** وهو أن يحصر عن عرفة فقط. وإنما لم يحل إلا بالبيت لقدرته عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم**». ولم يكفه طواف القدوم والسعي بعده؛ لكونه لم ينو بهما التحلل، وهذا مذهب المدونة. وقال **عبد الملك**: يكفيه طوافه وسعيه أولاً، وذكر ابن بشير خلافاً فيمن صد بعدو بعد أن طاف طواف القدوم ولم يقف بعرفة هل يجوز له التحلل أم لا؛ لأنه لم يأت التحلل إلا فيمن صد عن البيت قبل الوصول إليه؟

وَلا قَضَاءَ عَلَى مَحْصُورٍ

لأنه معذور، ولا خلاف في ذلك عندنا، وأوجب أبو حنيفة القضاء وذلك؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لما صد عن عمرة الحديبية ووقع الصلح على أن قاضى أهل مكة على تمكينه في العام القابل، فاعتمر هو وأصحابه في العام المقبل وسميت عمرة القضاء. والمالكية يقولون: إنما سميت عمرة القضاء؛ لمقاضاته عليه الصلاة والسلام، والحنفية تقول: لأنها قضاء والله أعلم.

وَلا تَسْقُطُ الْفَرِيضَةُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: تَسْقُطُ

والأول هو القياس كسائر الفرائض ووافق ابن الماجشون أبو مصعب وسحنون ورأوا أنه قد أتى بالمقدور وبذل وسعه، وفيه نظر؛ لأنه لو كان كما قالوا لسقطت الفريضة ولو أحصر قبل الإحرام، وقد وافقوا على أنها لا تسقط. وحكى المازري أن الداودي ذكر في كتاب النصيحة عن أبي بكر الثعالبي أن الفريضة تسقط وإن صد قبل أن يحرم.

المازري: وأظن أنه حكاه عن رجل آخر من أصحابنا، وكان بعض شيوخنا يستبشع هذا القول.

عياض: والذي رأيته في كتاب النصيحة للداودي ما هذا نصه: إن من صد بعد إحرامه لم تسقط عنه حجة الفريضة. وقال أبو مصعب: إنه يجزئه عن حجة الفريضة. وزاد ابن القرطي: إذا صد أجزأه عن حجة الفريضة، وإن لم يكن أحرم. وهو بعيد في النظر. انتهى قوله.

ولم أره ينسب القول إلى الثعالبي ولا غيره سوى ابن شعبان، والثعالبي هو أبو بكر تلميذ [٢٠٩/ ب] ابن شعبان فقيه مصر في وقته. انتهى.

وَلا يُوجِبُ تَحَلُّلُ الْمَحْصُورِ دَماً خِلافاً لأَشْهَبَ

أي: بعدو. ومنشأ الخلاف هل قوله تعالى: ﴿ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ ﴾ [البقرة:١٩٦] يتناول المحصور بعدو أم لا؟ وقد اختلف في ذلك أئمة اللسان فنقل أبو عبيدة عن

الكسائي أنه قال: أحصر في المرض وذهاب النفقة. وحصر في العدو والسجن؛ لقول ابن عباس: لا حصر إلا في العدو. وقال الفراء: العرب تقول: أحصر بالمرض وحصره العدو، ولا يقال: حصره إلا في العدو. وقال ابن فارس في المجمل: ناس يقولون: حصره المرض وأحصره العدو عكس الأول، وحكى ابن قتيبة وغيره في المرض وجهين.

ابن بشير وابن هارون وابن راشد: والأول هو المشهور عن أهل اللسان، ورجح اللخمي وغير واحد قول أشهب؛ لأن الآية نزلت بسبب عمرة الحديبية، قاله ابن عبد البر وغيره، وأجيب بأن الهدي لم يكن لأجل الحصر، وإنما كان بعضهم ساق هدياً فأمره بذبحه ولم يأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بهدي لحصرهم، قاله التونسي وابن يونس. وضعف قول أشهب بقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ** ﴾ والمحصور بعدو يحلق رأسه حيث كان.

فرع:

قال ابن الماجشون: إذا كان العدو منع من طريق فليس عليه أن يأخذ طريقاً آخر يسلكه في الانتقال حيث لا يسلك بها، ولا يركب المخاوف، وإن لم يجد إلا هذا فهو محصور، وإن وجد طريقاً مأمونة معلومة وهي أبعد فليس بمحصور إن بقي من المدة ما يدرك فيه الحج.

وَلا يَجُوزُ قِتَالُ الْحَاصِرِ مُسْلِماً كَانَ أَوْ كَافِراً، وَلا إِعْطَاءُ مَالٍ لِلكَافِرِ

نحوه لابن شاس. **ابن عبد السلام**: وسواء كان بمكة أو بالحرم. وأما إعطاء المال على أن يُخَل بين الناس وبين مكة فلا يجوز إن كان كافراً، ومفهوم كلامه أنه يجوز إن كان مسلماً، والأصل في منع القتال ما في الصحيحين **أنه عليه الصلاة والسلام، قال يوم فتح** مكة: «**إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السماوات والأرض، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة، وإنه لم يحل القتال فيه لأحد قبلي، ولم يحل لي إلا ساعة من نهار، فهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة**».

وفي حديث أبي شريح، وهو في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس، فلا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دماً**».
قال سند: إن كان العدو المانع كافراً أو لم يبدأ بالقتال فهو بالخيار بين التحلل والقتال؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يقاتل من صده مع علوه على الصاد، وإن طلب الكافر مالاً على الطريق كره له دفعه نفياً للمذلة. وإن كان الصاد مسلماً فهو كالكافر في القتال؛ لأنه ظالم. انتهى.

ابن هارون: والصواب قتال الصاد انتهى.

وفي الكافي: وأما من أحصر بعدو غالب من فتنة أو غيرها فلهم قتال العدو ولهم تركه والتربص، فإن كشف الله عنهم ذلك ورجوا إدراك حجهم نهضوا، وإن يئسوا من زوال العدو نحر من كان معه هدي وحلق كل واحد منهم، وسواء كان ذلك في الحل أو في الحرم. انتهى.

وفي الإكمال قوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يحل لأحدكم أن يحمل السلاح بمكة**». هو محمول عند أهل العلم على حمله لغير ضرورة ولا حاجة، فإن كان خوف أوحاجة إليه جاز، وهو قول مالك والشافعي وعطاء وعكرمة، وكرهه الحسن البصري تمسكاً بظاهر الحديث.

وحجة الآخر دخوله عليه الصلاة والسلام عام القضية بما شرطه من السلاح، ودخوله يوم الفتح وعلى رأسه المغفر. وشذ من الجماعة عكرمة، فرأى عليه إذا احتاج إليه وحمله الفدية، ولعل هذا في حاجته إلى المغفر والدرع وشبههما فلا يكون خلافاً، ثم قال: وقول الكافة أن هذا مخصوص بالنبي صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «**وإنما أحلت لي ساعة من نهار**» فخص بما لم يخص به غيره. وقال القاضي في كتاب الجهاد: ولم يختلف في دخول النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان حلالاً بدخوله والمغفر على رأسه، ولأنه كان دخلها محارباً حاملاً للسلاح هو وأصحابه، ولم يختلفوا في تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، ولم يختلفوا أن من دخلها لحرب بعده أو لغيره أنه لا يحل له دخولها حلالاً. انتهى فانظره. وحكى الخطابي أنه إنما حل له تلك الساعة إراقة الدم دون الصيد وغيره، والصواب في مذهب الشافعي جواز القتال.

النووي: والجواب عن الأحاديث المذكورة ما أجاب به الشافعي في كتاب سير الواقدي أن معناه تحريم نصب القتال وقتالهم بما يعلم كالمنجنيق وغيره إذا أمكن صلاح الحال بدون ذلك.

وَالْحَصْرُ عَنِ الْعُمْرَةِ كَالْحَجِّ

أي: في جواز التحلل منها بتحقق المانع أو ظنه كما تقدم. والحصر في العمرة هو الأصل؛ لأن ذلك محل النص، والحصر فيها إنما يكون عن البيت. قال في الذخيرة: قال ابن القاسم: وليس للعمرة حد بل يتحلل وإن لم يخش الفوات؛ لأنه عليه الصلاة والسلام صد وهو محرم بعمرة ولم يتأخر، وقال عبد الملك: يقيم ما رجا إدراكها ما لم يضره ذلك. انتهى.

وقوله: (**إدراكها**) أي: بزوال العدو، وصرح بذلك الباجي.

فإن استوطن العدو فإنه يجوز له الإحلال عنده. **الباجي**: إلا أن ترجى إباحة الطريق، فإن التوقف في ذلك [٢١٠/ أ] ومحاولته يجري مجرى زواله.

وَفَوَاتُ الْوُقُوفِ بِخَطَإِ الْعَدَدِ أَوْ الْمَرَضِ أَو غَيْرِهِ، غَيْرِ الْعَدُوِّ وَلا يُحِلُّهُ إِلا الْبَيْتُ - وَلَوْ أَقَامَ سِنِينَ - فَيَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى إِهْلالِهِ الأَوَّلِ وَلا يَعْتَدُّ بِمَا فَعَلَهُ قَبْلَ الْحَصْرِ، وَيُعِيدُهُ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ إِحْرَامٍ ...

يعني: أن من فاته الوقوف بعرفة (**بِخَطَإِ الْعَدَدِ**) أي: فإن علموا أول الشهر ثم نسوه - وقد تقدم حكم ما إذا كان بسبب خطأ أهل الموسم في الرؤية - أو فات الوقوف بمرض (**أَو غَيْرِهِ**) أي: من عدم رفيق، أو مركوب، أو عدم الدليل على الطريق.

وقوله: (**لا يُحِلُّهُ إِلا الْبَيْتُ وَلَوْ أَقَامَ سِنِينَ**) أي: ويجب التمادي على إحرامه.

قوله: (**فَيَتَحَلَّلُ بِأَفْعَالِ الْعُمْرَةِ عَلَى إِهْلالِهِ الأَوَّلِ**) أي: من غير أن يجدد إحرامها، لما تقدم أن العمرة لا ترتدف على الحج، ولا يعتد بما فعله من طواف وسعي قبل الفوات؛ لأنه لم ينو به التحلل. **خليل**: وإذا ثبت أنه لا يجدد لعمرته إهلالاً فلا يحصل له أجر عمرة. وأيضاً فقولهم: إنه لو وطئ فيها ليس عليه بدلها يدل على ذلك والله أعلم.

والفرق بين العدو والمرض، وما ذكر معه أن العدو أمر غالب عام والمرض خاص، ولأن المريض وغيره، قد يمكنه إتيان البيت بوجه ما، والله سبحانه أعلم.

وَلا يُجَدِّدُ إِحْرَامَهَا إِلا مِنْ أَنْشَأَ الْحَجَّ، أَوْ أَرْدَفَهُ فِي الْحَرَمِ

قوله: (**إِحْرَامَهَا**) أي: العمرة؛ أي: إذا أحرم بالحج من الحرم أو أردفه فيه فإنه يحتاج إلى تجديد إحرام، هذا مقتضى كلام المصنف، وليس كذلك، وإنما يؤمر أن يخرج إلى الحل فيلبي منه ويدخل إلى العمرة، ولعل المصنف لما رأى قوله في المدونة: يخرج إلى الحل فيلبي من الحل، ويعمل عمل العمرة، ويحج قابلاً ويهدي، ظن أن مراده بقوله: "يلبي" تجديد الإحرام.

ابن عبد السلام: وليس ذلك مراده ولا ذهب إليه أحد من الشراح فيما علمت، وإنما أمر بالخروج لما علم من غير موضع أن كل نسك لابد أن يجمع فيه بين الحل والحرم.

وَلَهُ أَنْ يَبْقَى عَلَى إِحْرَامِهِ، فَيُجْزِئُهُ وَلا دَمَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: مَا لَمْ يَدْخُلْ مَكَّةَ، وَإِنْ لَمْ يَحِلَّ فَفِي الْهَدْيِ قَوْلانِ ...

الضمير في قوله: (**وَلَهُ**) عائد على من فاته الحج بأحد الوجوه المتقدمة. وظاهر كلامه أنه مخير في البقاء على إحرامه، ونص في المدونة والعتبية على استحباب التحلل. وقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**من فاته الحج فليهل بعمرة وعليه الهدي قابلاً**».

وقوله: (**وَلا دَمَ**) أي: على من بقي على إحرامه.

وقوله: (**وَقِيلَ: مَا لَمْ يَدْخُلْ مَكَّةَ**) راجع إلى قوله: (**وَلَهُ أَنْ يَبْقَى عَلَى إِحْرَامِهِ**) وحاصله أنه مخير ما لم يدخل مكة، فإذا دخلها فهل له التمادي؟ قولان.

والقول الثاني من كلام المصنف هو مذهب المدونة والموازية، قال في المدونة في أول الحج الثالث: وإنما له أن يثبت على إحرامه ذلك إلى قابل ما لم يدخل مكة، فإذا دخلها فليطف بالبيت ويسعى ويحل من إحرامه ذلك ولا يثبت عليه. **سند**: يريد أنه يكره له

التمادي على الإحرام خشية ارتكاب المحظورات. وألحق اللخمي بمكة في استحباب التحلل ما إذا كان قريباً منها. وما صَدَّرَ المصنف به حكاه ابن نافع عن مالك.

وقوله: (**فَيُجْزِئُهُ**) يعني: إن بقي على إحرامه وحج من قابل أجزأه عن حجة الإسلام. وهذا هو مذهب المدونة. وقال ابن وهب: لا يجوز له البقاء على الإحرام وإن بقي فلا يجزئه عن حجة الإسلام. **ابن راشد**: والأول أصح؛ لأن إحرامه إنما كان عن حجة الإسلام وقد بقي على ذلك الإحرام حتى حج.

وقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَحِلَّ فَفِي الْهَدْيِ قَوْلانِ**) مذهب المدونة السقوط ومذهب العتبية الوجوب؛ إما لأنه لتأخير أفعال الحج عن وقته، وإما على سبيل الاحتياط إذ الغالب عدم الوفاء بحق الإحرام مع طول المقام ولهذا قال بعضهم: إذا أهدى لا يأكل منه؛ لاحتمال أن يكون أماط أذى، والدم إذا كان لإماطة الأذى لا يؤكل منه.

فَإِنْ تَأَخَّرَ إِلَى أَشْهُرِ الْحَجِّ فَلا يَتَحَلَّلُ، فَإِنْ تَحَلَّلَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَمْضِي وَلا يَكُونُ مُتَمَتِّعاً؛ لأَنَّهُ لَمْ يَبْتَدِئْ بِعُمْرَةٍ، وَقَالَ أَيْضاً: لا يَمْضِي، وَقَالَ أَيْضاً: يَمْضِي وَيَكُونُ مُتَمَتِّعاً ...

يعني: فإن أراد البقاء على إحرامه ثم بدا له أن يحل فذلك له ما لم تدخل أشهر الحج من العام المقبل، فلا يتحلل؛ ليسارة ما بقي، فإن تحلل فهل يصح تحلله؟ قال ابن القاسم أولاً: يمضي تحلله ويصح. وقال أيضاً: لا يمضي تحلله؛ بناءً على أن الدوام كالابتداء فلا يمضي أو لا فيمضي؟ وإذا قلنا أن تحلله يمضي وحج ذلك العام فهل يكون متمتعاً؟ قولان لابن القاسم أيضاً، والأقرب أنه ليس بتمتع؛ لأن المتمتع من تمتع بالعمرة إلى حج، وهذا إنما تمتع من حج إلى حج، وعلى قول ابن القاسم أنه يكون متمتعاً يجب عليه دم التمتع؛ لأنه استمتع بتحلله كما في العمرة.

التونسي: وعلى هذا القول أنه إنما يجب عليه الهدي إذا حج من عامه، فإن لم يحج من عامه فلا. وفي هذا نظر؛ لأنه قد انتفع بالتحلل الذي حل به من الإحرام، فيجب أن يكون عليه الدم بكل حال، حج من عامه أو لم يحج، كما لو حل قبل أشهر الحج لكان عليه دم التحلل وإن لم يكن متمتعاً. انتهى. وهذه الثلاثة الأقوال في المدونة. ولم يختلف قول ابن القاسم فيها ثلاث مرات إلا في هذه المسألة.

فَإِنْ كَانَ الْفَوَاتُ بَعْدَ الإِفْسَادِ أَوْ قَبْلَهُ فَلا يَبْقَى وَيَتَحَلَّلُ بِعُمْرَةٍ مِنَ الْحِلِّ، وَيَجِبُ الْقَضَاءُ فِي قَابِلٍ، وَدَمُ الْفَوَاتِ لا دَمُ قِرَانٍ. وَمُتْعَةٌ لِلْفَائِتِ بِخِلافِ الْمُفْسِدِ وَشُبِّهَتْ بِمُتَعَدِّي الْمِيقَاتِ يُحْرِمُ ثُمَّ يَفُوتُ أَوْ يَفْسُدُ، وَأَمَّا الْقَضَاءُ فَكَالأَصْلِ ...

يعني: فإن اجتمع في الحج فوات وإفساد، سواء كان الإفساد أولاً أو ثانياً فلا يجوز له البقاء هنا على إحرامه؛ لأن فيه تمادياً على الفساد، ويتحلل بعمرة من الحل؛ يريد إذا كان أحرم بالحج من مكة أو أردفه فيه، ولو كان إحرامه من الحل لم يخرج إليه كما تقدم.

قوله: (**وَيَجِبُ الْقَضَاءُ**) ظاهر كما في سائر صور الإفساد والفوات، ثم لا يخلو إما أن يكون ما فاته أو أفسده إفراداً أو تمتعاً أو قراناً، فالإفراد لا يحتاج فيه إلا إلى هديين، أحدهما للفوات والثاني للفساد. **ابن عبد السلام**: هذا مذهب المدونة، وقيل: يسقط عنه دم الفساد إذا جامع ثم فاته الحج. انتهى.

وإن كان قراناً أو تمتعاً فقال المصنف: لا شيء عليه في ذلك القران أو التمتع، ويكون عليه إذا قضى ثلاث هدايا؛ هدي للفساد وهدي للفواتِ وهدي للقران أو التمتع الثاني. وما حكاه من سقوط دم القران الفائت هو في الموازية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم. وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا يسقط حكاه الباجي. ونسب اللخمي القولين لابن القاسم قال: والسقوط أحسن؛ لأنه آل أمره إلى عمرة ولم يتم القران. وحكى ابن يونس عن ابن القاسم في سقوط دم المتعة قولين أيضاً، وقال في البيان: مذهب المدونة أن الفوات

لا يسقط عنه دم القران إن كان قارناً ولا دم الفساد إن وطيء قبل أن يفوت الحج، قال في الحج الثالث فيمن وطيء ثم فاته الحج أن عليه هديين، والتمتع مقيس عليه.

وقوله: (**بِخِلافِ الْمُفْسِدِ**) أي: فإنه يجب عليه هدي القران والتمتع. قال في البيان: ولا خلاف في ذلك. انتهى.

والفرق أن الفوات يبيح القطع فتذهب صورة القران والتمتع في الصورة والحكم، بخلاف الإفساد فإنه يجب معه التمادي فتبقى صورتها ظاهرة، فلذلك وجب ترتب أثرها وهو الهدي كما في الصحيح.

قوله: (**وَشُبِّهَتْ**) أي: وشبهت هذه المسألة في سقوط الدم في الفوات دون الفساد، بما تقدم من أن المشهور سقوط دم التعدي عنه إذا فاته الحج، بخلاف ما إذا أفسده، فإنه لا يسقط عنه الهدي، وهذا التشبيه لابن يونس وغيره. هذه المسألة تقدمت من كلام المصنف وذكر فيها عن ابن القاسم أن عليه أربع هدايا. وأن أصبغ قال: عليه ثلاث وهو الصحيح. لكن بين هنا أنه لا فرق بين تقدم الفوات على الإفساد أو العكس.

وقوله: (**وَأَمَّا الْقَضَاءُ فَكَالأَصْلِ**) ظاهر وقد تقدم.

وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُحْصَرِ هَدْيٌ حَبَسَهُ مَعَهُ إِلا أَنْ يَخَافَ عَلَيْهِ فَلْيَبْعَثْ بِهِ فَيُنْحَرَ بِمَكَّةَ

أي: المحصر بمرض؛ لأن حكم هدي المحصر بالعدو قد تقدم أنه يذبحه حيث كان، وأمر بحبسه لاحتمال أن يصح فيذهب به، إلا أن يخاف على الهدي لطول مرضه أو غير ذلك فإنه يبعثه إذ لا مانع للهدي.

قال في الذخيرة: وإن قدر المحصر - أي: بعدو - على إرسال الهدي أرسله وإن تعذر نحره في الحل.

وَلا يُجْزِئُ هَدْيٌ مَعَهُ عَنِ الْفَوَاتِ بَعَثَهُ أَوْ تَرَكَهُ

يعني: أن ما قلده المحرم أو أشعره قبل أن يفوته الحج لا يجزئه عن دم الفوات سواء بعثه أو تركه عنده؛ لأنه بالتقليد وجب فلا يجزئ عن واجب آخر. وقد اختلف قول مالك فيمن ساق هدياً في عمرة ثم أردف الحج أو فرغ من عمرته وتمتع هل يجزئه ذلك الهدي عن تمتعه وقرانه؟ والذي رجع إليه في المدونة في مسألة التمتع- الإجزاء وكذلك قال في المدونة في إمرأه دخلت مكة بعمرة فحاضت قبل أن تطوف، وخشيت فوات الحج، أنها تردف الحج على العمرة، ويجزئها عن دم القران ما ساقته أولاً قبل إردافها. وخرج بعضهم خلافاً في تعيين الهدي بالتقليد والإشعار من هذه المسألة، وعلى هذا فلا يبعد أن يختلف في مسألة الفوات والله أعلم.

وَيُؤَخَّرُ دَمُ الْفَوَاتِ إِلَى الْقَضَاءِ، وَفِي إِجْزَائِهِ قَبْلَهُ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَكَانَ مَالِكٌ يُخَفِّفُهُ ثُمَّ اسْتَثْقَلَهُ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَوْ لَمْ يُجْزِئْهُ مَا أُهْدِيَ عَنْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ

قال في المدونة: ولا ينحر الهدي إلا في حجة القضاء، فإن اعتمر بعد أن فاته الحج فنحر هدي الفوات في عمرته أجزأه. وقد كان مالك يخففه ثم استثقله. قال ابن القاسم: ولا أحب له أن يفعل إلا بعد القضاء، وإن فعل أجزأ، ثم ذكر ما ذكره المصنف عنه. ونقل ابن يونس عن أشهب عدم الإجزاء إن قدمه. وإنما أمر بتأخير الهدي لحجة القضاء ليتفق الجابر النسكي والجابر المالي. ورأى بعض الشيوخ أن ما استدل به ابن القاسم مصادرة على المطلوب، وأن من يقول بعدم الإجزاء إذا تقدم يخالف في مسألة الميت.

وَلَوْ أَفْسَدَ ثُمَّ فَاتَ، أَوْ فَاتَ ثُمَّ أَفْسَدَ قَبْلَ تَحَلُّلِ الْعُمْرَةِ أَوْ فِيهَا فَقَضَاءٌ وَاحِدٌ وَهَدْيَانِ، وَلا بَدَلَ لِعُمْرَةِ التَّحَلُّلِ ...

تصور كلام واضح.

وقوله: (**فَقَضَاءٌ وَاحِدٌ**) أي: للحج. (**وَهَدْيَانِ**) أي: هدي للفوات وآخر للفساد. ولابدل لعمرة التحلل. أي: لا يقضيها لأنها ليست عمرة في الحقيقة بدليل أنه لا يحرم لها، وإنما هي تحلل بطواف وسعي.

وَلا تُفِيدُ الْمَرِيضَ نِيَّةُ التَّحَلُّلِ أَوَّلاً بِتَقْدِيرِ الْعَجْزِ

يعني: أن المريض إذا أحرم وشرط أنه إن حصل له عجز يتحلل - فلا تفيده تلك النية، وكذلك أيضاً إن شرطت المرأة عند إحرامها أنها إن حصل لها حيض تحللت - لم يفدها ذلك الشرط؛ لأنه شرط مخالف لسنة الإحرام.

وَحَبْسُ السُّلْطَانِ كَالْمَرَضِ عَلَى الْمَنْصُوصِ لا كَالْعَدُوِّ، وَثَالِثُهَا إِنْ كَانَ حُبِسَ لِحَقٍّ فَكَالْمَرَضِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كُنْتُ عِنْدَ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ سَنَةَ خَمْسٍ وَسِتِّينَ وَمِئَةٍ فَسُئِلَ عَنْ قَوْمٍ اتُّهِمُوا بِدَمٍ فَحُبِسُوا بِالْمَدِينَةِ مُحْرِمِينَ فَقَالَ: لا يُحِلُّهُمْ إِلا الْبَيْتُ

يعني: أنه اختلف إذا حبس السلطان قوماً محرمين فالمنصوص أي: المنقول عن مالك في المدونة أن ذلك كالمرض؛ أي: لا يحلهم إلا البيت. ولو قال: المشهور لكان أولى؛ لأن الغالب من عادته ألا يجعل مقابل المنصوص منصوصاً. ووجه المشهور أن هذا خاص ببعض الناس فكان كالمرض. والقول بأنه كالعدو نقله ابن بشير عن المتأخرين. والقول الثالث نقله في البيان عن مالك، ولم يجعله خلافاً للأول، بل ساقه على أنه وفاق، وهو اختيار ابن يونس، وقطع ابن القصار بأنه كالمرض إذا سُجِنوا بحق وتردد إذا سجنوا بباطل.

اللخمي: ولا فرق بين حصر بدَينٍ أو بدم، وما حكاه ابن القاسم هو كذلك في المدونة وغيرها، وهو القول الأول من كلام المصنف.

زاد في النوادر فيه عن مالك: أو يثبت عليهما ما ادعى عليهما فيقتلان. ابن رشد: وهو تمام المسألة. وإنما ردهما مثل المريض لأنهما حبسا بالحكم الذي أوجبه الله تعالى، فكان بمنزلة المرض الذي هو من عند الله. انتهى.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن رشد أن الظلم الموجب لتحلل المحبوس بالعدو وإلحاقه به، وهو أن يكون ظلماً وعداءً في ظاهر الحال، ولا يحتاج أن يكون ظلماً في نفس الأمر، حتى أنه إن حبسه بتهمة ظاهرة فهو كالمرض وإن كان يعلم في نفسه أنه بريء. قال: وفيه عندي نظر. وإنما كان ينبغي أن يحال المرء على ما يعلم من نفسه؛ لأن الإحلال والإحرام من الأحكام التي بين العبد وربه، ولا مدخل فيها للولاة، فمن علم من نفسه البراءة جاز له التحلل، ولو كان سبب التهمة ظاهر.

وَمَنْعُ السَّيِّدِ عَبْدَهُ الْمُحْرِمَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ يُوجِبُ عَلَيْهِ الْقَضَاءَ إِذَا تَمَكَّنَ بِإِذْنٍ أَوْ عِتْقٍ فَيَجِبُ الْهَدْيُ، وَقِيلَ: كَالْحَصْرِ ...

يعني: أن العبد إذا أحرم بغير إذن سيده فله أن يحلله ويجب على العبد القضاء إذا أذن له سيده أو عتق على المشهور، ويجب الهدي. **ابن المواز**: ويحتاج فيه لإذن السيد.

ابن عبد السلام: وقد يقال: إذن السيد في القضاء يستلزم الإذن في توابعه. وقال أشهب وسحنون: لا قضاء عليه. **التونسي واللخمي**: وهذا أبين؛ لأن السيد قد رد إحرامه من أصله. وإليه أشار بقوله: (**وَقِيلَ: كَالْحَصْرِ**) أي: كحصر العدو عن حج التطوع، والفرق للمشهور أن العبد لما أحرم بغير إذن سيده مع علمه بأن السيد يمنعه صار بمنزلة من علم بالحصر ثم أحرم، ومثل ذلك لا يعذر، ولا يحلله إلا البيت.

اللخمي وغيره: ويستحب للسيد ألا يحلله إذا كان السيد محرماً.

ابن الجلاب: ويستحب لمن استأذنه عبده في الحج أن يأذن له إذا لم يضر به ذلك. ومن خرج بعبده إلى مكة فاستأذنه في الإحرام فليأذن له، وإن نقص ذلك من ثمنه، وإن لم يفعل فلا شيء عليه. **سند**: وينعقد إحرام العبد بغير إذن سيده عند الفقهاء كافة، خلافاً لأهل الظاهر؛ قياساً على الصوم والصلاة، ثم يجب على العبد الموافقة على التحليل، فإن لم يوافق وكمل الحج أثم ولا هدي عليه. وتحليله يكون بالنية والحلاق؛ لأن رفض النية وحده يبطل الإحرام. انتهى.

قيل لأشهب: فهل يمنعه سيده أن يحل من ذلك في عمرة؟ قال: إن كان قريباً فلا يمنعه، وإن كان بعيداً فإما أن يبقيه على إحرامه إلى قابل، وإما أن يأذن له في فسخه في عمرة. قال في المدونة: وعلى العبد الصوم لما حلله السيد، إلا أن يهدي عنه سيده أو يطعم. وقال يحيى: لا أعرف في هذا إطعاماً، وإنما هو هدي أو صيام؛ أي: لأن الإطعام إنما هو في فدية الأذى. ورأى في المشهور أنه لما أحرم مع علمه بأن للسيد أن يحلله صار العبد كأنه قاصد التحليل، فصار كفدية الأذى. **اللخمي**: ثم لا يخلو العبد في الإحرام الذي أحله منه السيد من أربعة أوجه: إما أن يكون متطوعاً به، أو منذوراً في حج عام بعينه، أو منذوراً مضموناً، أو نوى حجة الإسلام وهو يظن أن ذلك عليه؛ فإن نوى تطوعاً بغير نذر أو نذر حج ذلك العام لم يلزمه القضاء إن أذن له السيد أو عتق في عام آخر. وإن أذن له أو عتق في ذلك العام الذي أحله منه وهو يدرك الحج ندب إلى الوفاء به وليس بواجب. وإن كان منظوراً مضموناً فأحرم ينوي قضاء ذلك النذر ثم رد السيد إحرامه - كان عليه القضاء متى عتق؛ لأن السيد إنما رد ذلك الإحرام ولم يرد النذر ولا العقد المتقدم قبل الإحرام. واختلف هل للسيد أن يرد عقده للنذر؟ فأجاز ذلك ابن القاسم، ومنعه أشهب، وهو أحسن؛ لأن ذلك العقد لا يضر للسيد ما دام العبد في ملكه ولا يحط من الثمن إن باعه. وإن أحرم ينوي حجة الإسلام وظن أن ذلك عليه، لم يكن عليه شيء مادام في الرق. وإن أذن له السيد فإن عتق أتى بحجة الإسلام فقط.

وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ الْمَأْذُونِ لَهُ كَالْمَرْأَةِ فِي التَّطَوُّعِ، وَيُقْضَى لَهُمَا عَلَيْهِمَا وَعَلَى الْمُشْتَرِي، وَهُوَ عَيْبٌ إِلا أَنْ يَقْرُبَ الإِحْلالُ وَلَهُ بَيْعُهُ إِنْ قَرُبَ الإِحْلالُ ...

المراد بالمأذون: المأذون له في الحج لا المأذون له في التجارة [٢١١/ ب]، فإن المأذون له في التجارة هنا كغيره، ويدل على أن مراد المصنف بالمأذون ما ذكرناه؛ قوله أولاً: (عبده المحرم بغير إذنه) يعني: أن السيد إذا أذن لعبده في الحج فليس له منعه، كالمرأة في التطوع إذا أذن لها زوجها فيه فليس له منعها.

(وَيُقْضَى لَهُمَا) أي: للعبد والمرأة **(عَلَيْهِمَا)** أي: على السيد والزوج. ولا إشكال على هذا إن أحرما، وأما قبل الإحرام فنص مالك على أن له أن يمنع العبد.

اللخمي: وليس بالبين. وقال سند: ظاهر الكتاب يقتضي أنه ليس له منعه بعد الإذن وإن لم يحرم.

قوله: **(فِي التَّطَوُّعِ)** ولم يقل في حج التطوع؛ ليشمل الإحرام بالحج والعمرة. وهل يجوز بيع الرقيق محرماً؟ أجاز ذلك في المدونة، قال فيها: وليس للمشتري إحلاله. قال سحنون: لا يجوز بيعه ويفسخ. قال: ومتى يأخذه، بعد الحج أو قبله؟ ألا ترى أن ابن القاسم يقول: إذا آجر عبده شهراً لم يجز له بيعه.

اللخمي: وقد يفرق بين السؤالين، لأن العبد المحرم منافعه لمشتريه، وفي الإجارة منافعه قد بيعت، فيستخف من كان في الإحرام لهذا، ثم اختار الصحة إن كان المشتري محرماً، ولو كان الموضع بعيداً؛ لأنه خارج معه، والفساد إن كان غير محرمٍ إلا أن يكون الموضع قريباً والأيام يسيرة. وعلى الصحة فإن علم المشتري أولاً بذلك فلا مقال له، وإن لم يعلم فذلك عيب يوجب الخيار. وهو معنى قوله: **(وَهُوَ عَيْبٌ)**.

وقوله: **(إِلا أَنْ يَقْرُبَ الإِحْلالُ)** أي: فليس بعيب، وكذلك قال في المدونة. وينبغي أن يكون الحكم إذا باعه السيد قبل أن يعلم بالإحرام، ثم رده عليه المشتري - أن يكون له تحليله كما قالوا إذا تزوج العبد بغير إذن سيده.

وقوله: **(وَلَهُ بَيْعُهُ إِنْ قَرُبَ الإِحْلالُ) ابن بشير**: وإذا أحرم العبد بإذن سيده فأراد السيد أن يبيعه فهل له ذلك؟ أما إن لم يبق من مدة الإحرام إلا اليسير فله بيعه، وإن بقي الزمان الكثير فقولان انتهى. وكأنه فهم أن خلاف سحنون مقيد بما إذا طال الزمان. وظاهر ما حكاه اللخمي عنه العموم.

قوله: **(وَلَهُ بَيْعُهُ إِنْ قَرُبَ الإِحْلالُ)** ظاهره أنه ليس له ذلك إن لم يقرب، وهو خلاف مذهب المدونة. وإن أراد أنه يجوز له بيعه من غير بيان فهو مشكل، ولم أر من

صرح بذلك. وإن أراد أنه يتفق على جواز بيعه إذا قرب الإحلال ويختلف إذا بعد كما قال ابن بشير، فكلامه ينبئ عن هذا.

وَما لَزِمَ الْمَأْذُونَ عَنْ خَطَإٍ أَوْ ضَرُورَةٍ فَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي الإِخْرَاجِ وَإِلا صَامَ بِغَيْرِ مَنْعٍ، فَإِنْ تَعَمَّدَ فَلَهُ مَنْعُهُ وَإِنْ أَضَرَّ بِهِ فِي عَمَلِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ ...

يعني: أن السيد إذا أذن لعبده في الحج ولزمه دم أو صوم فإن لزم ذلك لعذر؛ كمن مرض حتى فاته الحج أو فاته الوقوف بخطأ في العدد، أو في الهلال أو بخطأ في الطريق، أو قتل صيداً خطأ، أو لبس، أو تطيب لضرورة التداوي، فإن أذن له سيده في إخراج الهدي والفدية بالنسك أو الإطعام فعل، وهذا هو الجاري على المشهور من إجزاء الكفارة بالإطعام مع الإذن.

وإن لم يأذن له صام وإن أضر به في عمله، وإن تعمد موجب الهدي أو الفدية - فلا شك - إن أذن له في الإخراج أنه يفعل، وإن لم يأذن له فأراد الصوم فإن لم يضر ذلك بالسيد فله ذلك، إلا إن أضر به على المشهور خلافاً لابن وهب وابن الماجشون وابن حبيب، ورأوا أنه لما أذن له في الحج فقد أذن له في توابعه.

فَلَوْ أَفْسَدَ فَفِي وُجُوبِ الإِذْنِ لَهُ فِي الْقَضَاءِ قَوْلانِ لأَصْبَغَ وَأَشْهَبَ

أي: في القضاء، رأى أصبغ أن ذلك عليه؛ لأنه من آثار إذنه. **ابن المواز**: والصواب قول أشهب؛ لضرر السيد. قال في الموازية: وإن أذن له ففاته الحج فعليه القضاء والهدي إذا أعتق.

وَمَنْعُ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ الْمُحْرِمَةَ فِي التَّطَوُّعِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ كَمَنْعِ الْعَبْدِ فِي الْقَوْلَيْنِ

أي في التطوع بغير إذنه، فيجب عليها أن تطيعه وتتحلل. وقوله: (**فِي الْقَوْلَيْنِ**) أي: هل يلزمها القضاء إذا أذن لها أو فارقته أو لا يلزمها؟ فالتشبيه إنما هو في القضاء؛ إذ لم يتقدم له قولان إلا في ذلك. وقيد اللخمي الخلاف بالنذر المعين والتطوع، قال: ويلزمها القضاء في المضمون قولاً واحداً.

فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ أَثِمَتْ، وَلَهُ مُبَاشَرَتُهَا بِخِلافِ الْفَرِيضَةِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: فإن لم تقبل ما أمرها به من التحلل أثمت لمنعها حينئذ حقه عدواناً، وله حينئذ مباشرتها كارهة. وأما الفريضة فلا يحلها منها على أصح القولين.

فرع:

روي عن مالك وابن القاسم في التي تركت مهرها لزوجها ليأذن لها: ترجع عليه بمهرها؛ لأنه يلزمه أن يدعها. وقال ابن القاسم في رواية أبي جعفر إن كانت عالمة أن لها أن تحج وإن كره فالعطية ماضية، وإن كانت جاهلة رجعت عليه. واختاره يحيى بن عمر وابن يونس، وهو يحتمل الوفاق. وجزم في البيان بالموافقة، قال: ولو أعطته مهرها على أن يحج بها لم يجز؛ لأنه فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ، قاله ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب السلم. وفي سماع عيسى من الصدقات والهبات ما يعارض ذلك فقف عليه. ومقابل الأصح مقتضى كلام ابن يونس أنه منصوص؛ لقوله: فصار في المرأة إذا أحرمت بفريضة بغير إذن زوجها قولان. قول بأن له أن يحللها، وقول إنه ليس له ذلك. وقال بعضهم: هو مأخوذ من مسألة المدونة التي ذكرها المصنف. ولعل هذا هو المعتبر عند المصنف، ولذلك عقب ذلك بمسألة [٢١٢/ أ] المدونة إشارة إلى ما أخذ من مقابل الأصح، والله أعلم.

وَفِيهَا: وَلَوْ حَلَّلَهَا مِنْ فَرِيضَةٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَعَلَيْهَا الْقَضَاءُ، فَقِيلَ: عَلَى ظَاهِرِهِ؛ لِقَوْلِهِ: وَإِنْ أَذِنَ لَهَا فِي عَامِهَا أَجْزَأَهَا عَنِ الْفَرِيضَةِ وَالْقَضَاءِ؛ لأَنَّهَا قَضَتْ وَاجِباً بِوَاجِبٍ، بِخِلافِ الْعَبْدِ فَإِنَّهُ يُدْخِلُ تَطَوُّعاً مَعَ وَاجِبٍ- يَعْنِي إِذَا حَلَّلَهُ ثُمَّ عُتِقَ- وَقِيلَ: فِي اعْتِقَادِهِمَا أَوْ تَعَدِّياً مِنْهُ وَهُوَ الصَّوَابُ، وَقَوْلُهُ: وَلَوْ أَذِنَ- يَعْنِي بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِ الْفَاسِدِ أَوْ عَلَى تَمْكِينِهِ بَعْدَ ظُلْمِهِ- وَقِيلَ: قَبْلَ الْمِيقَاتِ ...

قال في المدونة: قيل: فإن أحرمت المرأة بفريضة بغير إذن زوجها فحللها ثم أذن لها من عامها بحجة فحجت أيجزئها حجها عن حجة الفريضة والقضاء؟ قال: أرجو ذلك.

وأما إن أحرم عبد بغير إذن سيده فحلله ثم أعتقه فحج ينوي القضاء وحجة الإسلام أجزأته للقضاء لا للفريضة، كما لو نذر عبده فقال: إن أعتق الله رقبتي فعلي المشي إلى بيت الله في حجة. ثم أعتق فإنه يحج حجة الإسلام ثم النذر بعدها، ولا تجزئه حجته حين أعتق عنهما؛ لأنه أدخل تطوعاً مع واجب. ولو كان حللها من تطوع لكانت كالعبد.انتهى. فتعلق مقابل الأصح بقوله: **(وَلَوْ أَذِنَ)** بقوله: **(وَالْقَضَاءِ)** ورأى أن جعل الإذن له وإطلاق القضاء على فعلها يدلان على أن التحلل سائغ، وهو تأويل ابن أبي زيد. وقوله: **(بِخِلافِ الْعَبْدِ... إلخ)** ظاهر التصور من لفظ المدونة، والقائلون بالأصح اختلفوا على تأويلين؛ **أولهما**: أن ذلك التحلل الذي دل عليه لفظ المدونة إنما كان من اعتقاد الزوج والزوجة أنه الحكم الشرعي في المسألة، أو على سبيل التعدي من الزوج، وجعل عداءه في ذلك تحيلاً لشبهه به. فقوله: **(وَلَوْ أَذِنَ)** يعني: بناءً على اعتقاده الفاسد، أو على تمكينه بعد ظلمه. قال المصنف: **(وَهُوَ الصَّوَابُ)** وهو يرجع في المعنى إلى تأويلين. وكذلك قال ابن عبد السلام: وقرره ابن هارون على أنه تأويلان حقيقة، والأول أولى؛ لقوله: **(هُوَ الصَّوَابُ)** فأعاد الضمير مفرداً. وعلى هذا التأويل فتحللها باطل ولم تزل بعد محرِمة.

ابن المواز: وعليها من الفدية وغيرها ما على المحرم، وإن وطئها فسد حجها وتتمه وتقضي ويجزئها ذلك عن حجة الإسلام، وتهدي في القضاء، وترجع بالهدي على الزوج ولو فارقها فتزوجت غيره قبل القضاء فنكاحها باطل؛ لأنها محرمة، ولو تزوجت بعد تمام الفاسد وقبل القضاء جاز؛ لأنها حلت ثم تقضي بعد ذلك. **ابن يونس**: وقال بعض شيوخنا: ونفقتها في قضاء ما أفسد عليها على الزوج من كراء ونحو ذلك.

التأويل الثاني: أنها أحرمت قبل الميقات زماناً أو مكاناً.

وصوب المصنف الأول؛ لبقاء لفظ المدونة على ظاهره، **فإن قلت**: كيف جعل القول بتحليلها أولاً صحيحاً؛ لجعله إياه مقابلاً للأصح، ثم قال ثانياً: وهو الصواب فيلزم أن يكون مقابل الأصح غير صواب وذلك تهافت؟

فالجواب: أن الوجه الذي صححه منه المصنف غير الذي أبطله؛ إذ تصحيحه من جهة النقل، وتخطئته من جهة فهم المدونة.

فرع:

إذا أحرمت المرأة بالحج سقطت النفقة عن زوجها، واختلف الأشياخ هل تسقط سقوطاً كلياً أو إنما يسقط عنه الزائد على النفقة في الوطن؟ فمن رأى النفقة في مقابل الاستمتاع أسقطها جملة؛ لأن الزوج ممنوع من الاستمتاع، ومن نظر إلى وجوب الحج على المرأة ولا مندوحة لها عن الإحرام أسقط الزائد عن نفقة الحضر كالمرض. وإلى الثاني ذهب عبد الحق وابن يونس.

وَلَوْ أَحْرَمَتْ قَبْلَ الْمِيقَاتِ فَلَهُ أَنْ يَتَحَلَّلَهَا عَلَى الْمَشْهُورِ

لما ذكر في التأويل المتقدم الإحرام قبل الميقات بين حكمه فذكر أن المشهور له تحليلها؛ لأنها منعته حقه عدواناً. وقيد اللخمي هذا بما إذا خرج معها واحتاج إليها، وأما إن خرجت دونه أو خرج وأحرم معها فليس له تحليلها. ومقابل المشهور ليس بظاهر ولم أره.

فرع:

فإن كانت الزوجة أمة فلا تتطوع إلا بإذن سيدها وزوجها عند مالك.

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنْعُ الْمُسْتَطِيعَةِ مِنَ السَّفَرِ لَهُ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ قُلْنَا عَلَى التَّرَاخِي كَأَدَاءِ الصَّلاةِ أَوَّلَ الْوَقْتِ وَقَضَاءِ رَمَضَانَ ...

الضمير في: (لَهُ) عائد على حج الفرض. والأولى أن لو قال: "ولو قلنا على التراخي على الأصح" لأن الخلاف إنما هو على التراخي، كذلك قال ابن بشير وغيره، وكلامه يوهم أن الخلاف جارٍ على الفور والتراخي. وذكر ابن بشير الأصح ومقابله عن المتأخرين، قال: ونَزَّلوا عليه المبادرة إلى قضاء رمضان، والمبادرة إلى أداء الصلاة. انتهى.

وعلى هذا فقوله: (**كَأَدَاءِ الصَّلاةِ**) تشبيه لإفادة الحكم، وقد يقال: الحج أولى بالمبادرة؛ لأنه قد لا يتيسر في غير ذلك الوقت لكثرة عوائقه إلا أن زمانه يطول غالباً.

وَمَنْعُ الْمُحْرِمِ الْمُوسِرِ مِنَ الْخُرُوجِ لِلدَّيْنِ لا يُبِيحُ لَهُ التَّحَلُّلَ وَلا يُمْنَعُ الْمُعْسِرُ وَلا الْمُؤَجَّلُ عَلَيْهِ ...

لأنه ظالم بعدم أدائه ليسره، بل لو كان معسراً ولم يثبت عسره عند الإمام فلا يجوز له التحلل على المنصوص كما تقدم؛ لأنه خاص، فكان كالمرض. وقوله: (**وَلا يُمْنَعُ الْمُعْسِرُ وَلا الْمُؤَجَّلُ عَلَيْهِ**) نحوه في الجواهر. وقوله: (**الْمُعْسِرُ**) يريد: ثبت إعساره. وقوله (**والمؤجل**) يريد: ولا يحل في غيبته، وأما لو حل فله منعه إلا أن يقيم وكيلاً، وليس هذا خاصاً بسفر الحج.

فرع:

من الموانع السفه، قال سند: قال مالك: ولا يحج السفيه إلا بإذن وليه إن رأى وليه في ذلك نظراً أذن له وإلا فلا. وإذا حلله وليه فلا قضاء عليه.

دِمَاءُ الْحَجِّ هَدْيٌ وَنُسُكٌ؛ فَالْهَدْيُ: جَزَاءُ الصَّيْدِ، وَمَا وَجَبَ لِنَقْصٍ فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، كَدَمِ الْقِرَانِ وَالتَّمَتُّعِ وَالْفَسَادِ وَالْفَوَاتِ وَغَيْرِهَا، وَمَا نَوَى بِهِ الْهَدْيَ - مِنَ النُّسُكِ، وَإِلا فَلَيْسَ بِهَدْيٍ ...

جمع الدماء إما باعتبار الأشخاص، وإما باعتبار الأنواع؛ لأن الهدي ثلاثة أقسام: جزاء الصيد، وما وجب لنقص حج أو عمرة كما مثل، وما نوى به الهدي من النسك. وقوله: (**دِمَاءُ الْحَجِّ**) يريد: وكذلك العمرة، بل جزاء الصيد لا خصوصية له بحج أو عمرة، فإنه يخاطب به كل من صاد في الحرم.

والفرق بين الهدي والنسك من أوجه:

منها: أن النسك على التخيير والهدي على الترتيب.

ومنها: أن النسك لا يختص بزمان ولا مكان بخلاف الهدي.

ومنها: أن الصوم يدخل في جميع أفراد النسك أصالة بخلاف بعض أفراد الهدي، وهو جزاء الصيد، فإنما يدخله نيابةً عن أمداد الطعام.

وَالنُّسُكُ مَا وَجَبَ لإِلْقَاءِ التَّفَثِ وطَلَبِ الرَّفَاهِيَةِ مِنَ الْمَحْظُورِ الْمُنْجَبِرِ

تصوره ظاهر. قوله: (**مِنَ الْمَحْظُورِ**) (**مِن**) للتبعيض؛ لأنه قدم أن من المحظور المنجبر ما لا تجب به الفدية كإزلة شعرة أو شعرات.

وَحُكْمُ الْجَمِيعِ فِي السِّنِّ وَالْعَيْبِ كَالأُضْحِيَةِ

هو ظاهر.

تنبيه:

المذهب في الضحايا أن الذكر أفضل من الأنثى. ونص مالك في العتبية في الهدي على أن الأنثى كالذكر، قال في البيان: ذهب مالك إلى أن الذكر والأنثى في الإبل سواء، وأن الذكر منهما يسمى بدنة كما تسمى الأنثى. قال: ومن العلماء من يرى أن الأنثى أفضل. ولا فضل للأنثى في ذلك على الذكر عند مالك، وإنما الفضل عنده في الأعظم بدناً ذكراً كان أو أنثى.

وَيُعْتَبَرُ الْوُجُوبُ حِينَ التَّقْلِيدِ وَالإِشْعَارِ عَلَى الْمَشْهُورِ لا وَقْتَ الذَّبْحِ، فَلَوْ قَلَّدَ هَدْياً سَالِماً ثُمَّ تَعَيَّبَ أَجْزَأَهُ، وَفِي الْعَكْسِ لَمْ يُجْزِئْهُ، عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا ...

أي: ويعتبر ما ذكره من السن والسلامة حين التقليد والوجوب على المشهور، وهو مذهب المدونة، ومقتضى كلامه أن الشاذ منصوص، وهو ظاهر كلام ابن بشير وابن شاس. وقال اللخمي: الهدي يجب بالتقليد والإشعار إذا سيق عن وصم في حج أو

عمرة، فإن فلس أو مات لم يكن لغرمائه ولا لورثته عليه سبيل، ويختلف إذا كان نذراً أو تطوعاً، والمعروف من المذهب أنه كالأول يسقط ملك صاحبه بالتقليد والإشعار. وقال في إمرأة ساقت هدياً تطوعاً ثم أردفت الحج وأوقفته ونحرته بمنى عن قرانها - أنه يجزئها، ولم يوجبه بالتقليد والإشعار، ولو وجب وسقط ملكها عنه ما صح أن يجزئ عن واجب. انتهى.

وكلامه يقتضي أنه لم يختلف فيما سيق لوصم، وإنما الخلاف في النذر والتطوع، وأن القول بعدم التعيين مخرج من مسألة المرأة لا منصوص.

ابن بشير: وهذا الذي قاله اللخمي ظاهر، إلا أن يقال: إنما أجزأها مراعاة للخلاف، أو لأنها بالإرداف امتنعت من نحره فقد انصرف بالشرع عما قصد به أولاً، فوجب أن يجزئ إذا صرف إلى الواجب. انتهى. وفيه نظر. والظاهر ما قاله اللخمي.

قوله: (**فَلَوْ قَلَّدَ هَدْياً سَالِماً ثُمَّ تَعَيَّبَ أَجْزَأَهُ**) تصوره ظاهر وهو المشهور ومذهب المدونة. والشاذ لم يجزم به الأبهري، والذي هو منسوب إليه بل قال: إنه القياس. لكن صرح اللخمي بأنه خلاف فقال: وإذا سيق الهدي عن واجب لم تبرأ الذمة إلا ببلوغه لقوله تعالى: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ فإن ضل أو سرق أو هلك أو عطب قبل بلوغه لم يجزأه. واختلف إذا نزل به عيب ثم بلغ محله فقال مالك: ينحره ويجزئه. وقال الأبهري: القياس أنه ألا يجزئه كموته. وقول الأبهري يؤخذ منه أنه لا يجب بالتقليد والإشعار. أو نقول: وإن وجب عنده، لكنه لا يستقل هدياً إلا أن يدوم كماله إلى وقت نحره. انتهى.

والمراد بالوجوب في قوله: (**وقت الوجوب**) ليس هو أحد الأحكام الخمسة، بل تعيينه وتمييزه من غيره ليكون هدياً، والمراد بالتقليد هنا أعم منه في الفصل الذي يأتي؛ لأن المراد به هنا إنما هو تعيين الهدي وإخراجه سائراً إلى مكة، ألا ترى أن الغنم يعمها هذا الحكم وهي لا تقلد كما سيأتي.

وعلى هذا فالمراد بالوجوب والتقليد هنا متقارب، ويبين لك ذلك ما وقع في بعض النسخ: (**ويعتبر حين الوجوب**) وهو حين التقليد، وهكذا قال ابن هارون: ووقع لأشهب أن من ساق شيئاً من الغنم إلى مكة لم يكن سَوقُهُ هدياً وإن نواه حتى يوجبه في نفسه.

ابن محرز: وهو يشبه ما قاله القاضي إسماعيل أن الأضحية تجب بقول أو فعل، والله أعلم.

وَلا يَبِيعُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا الفرع وقع في بعض النسخ، أي: إن قلنا أنه لا يجزئه لأجل عيب كان به عند التقليد والإشعار، وسواء ذهب أو بقي فقلده معتقداً السلامة ثم أُطلع على عيب فهل يجوز له بيعه لأنه قلده على أنه يجزئه، أو ليس له ذلك لأنه قصد [٢١٣/ أ] أن يكون لله تعالى؟

ابن عبد السلام: ووقع في الموازية ما يمكن أن يكون مراد المصنف، قال: وإذا عطب هديه الواجب قبل محله فلا يبيع من لحمه في البدل، وليأكل إن شاء. **ابن حبيب**: وأجاز له ابن الماجشون البيع منه كالأكل؛ لأن عليه بدله.

وَلا يُجْزِئُ عَنْ فَرْضٍ، وَيَسْتَعِينُ بِالأَرْشِ وَثَمَنِ الْمُسْتَحَقِّ فِي هَدْيِ الْفَرْضِ، وَفِي التَّطَوُّعِ يَجْعَلُهُ فِي هَدْيٍ إِنْ بَلَغَ، وَإِلا فَصَدَقَةٌ، وَقِيلَ: مِلْكٌ كَالْعَبْدِ يُعْتَقُ ...

الهدي أربعة أقسام؛ **إما** أن يكون لنقص في نُسُكِهِ، **أو** تطوعاً، **أو** منذوراً معيناً، **أو** مضموناً. فإن كان لنقص في الحج أو مضموناً ثم أطلع بعد التقليد والإشعار على عيب مانع للإجزاء أو استحق ذلك الهدي من يده فلا شك أن ذلك لا يجزئه ويجب عليه البدل. وإنما النظر فيما يأخذه عن العيب وفي ثمن الهدي المستحق. وذكر المصنف أنه يستعين بالأرش وثمن المستحق في هدي غيره، وإن قصر ذلك عن التعويض تمم من عنده، وإن لم يكن العيب مانعاً للإجزاء فقال اللخمي: يجزئه الهدي، ويستحب أن يجعل ما أخذه عن العيب في هدي.

وقول المصنف: (**الْفَرْضِ**) مخفوض بدل أو عطف بيان على قوله: (المستحق) وفي بعض النسخ: (في غير الفرض) أي: في غير هدي الفرض الذي استحق أو تعيب.

وإن كان الهدي تطوعاً فإن بلغ ما أخذه ثمن هدي اشترى به هدياً، وإن لم يبلغ تصدق به على المشهور، وهو مذهب المدونة، ولابن القاسم في الموازية: يفعل به ما شاء. واقتصر اللخمي عليه. وألحق الواجب المعين بالتطوع فقال: إن كان المستحق معيناً منذوراً أو متطوعاً به لم يكن عليه بدله، وكان له إذا رجع بالثمن أن يصنع به ما شاء؛ لأنه لم يوجب ثمناً ولا تطوع به، وإنما أوجب عيناً أو تطوع به فاستحق كمن أعتق عبداً أو نذر عتقه فأعتقه ثم استحق فرجع بالثمن، فإنه يصنع به ما أحب. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**كَالْعَبْدِ يُعْتَقُ**) وما ذكره المصنف من جعل الثاني مخالفاً للأول هو طريق جماعة، وذهب ابن شاس وابن يونس وغيرهما إلى أنهما متفقان، وأنه في القول الأول إنما قال يتصدق به لأنه أخرج ذلك الثمن أولاً وقصد أن يشتري به هدياً، وإنما قال في الثاني يفعل بالأرش ما شاء؛ لأنه قصد ذلك الهدي بعينه، وكذلك قالوا في الرقبة إن قصد عينها، قالوا: وهو غالب حال الإنسان أنه إنما أعتقها لما يرى فيها من صلاح أو غير ذلك، فإذا حصل عتقها فلا يلزم بالأرش؛ لأن المقصود حصل، بخلاف الهدي فإن الغالب فيه عدم القصد إلى تعيينه، قالوا: ولو قصد القربة بالثمن في شراء الرقبة لم يرجع إليه الأرش. وبهذا الفرق فرق من جعل ما وقع لابن القاسم في العتبية مخالفاً للهدي. وفرق ابن المواز بينهما بفرق آخر وهو أن ابن القاسم إنما قال: يملك أرش العبد دون الهدي؛ لأنه يصح أن يتطوع بعتق المعيب ولا يهدي المعيب، ولم يرتضه بعض القرويين.

فرع:

وحكم أرش الجناية كحكم أرش العيب، قال في المدونة: ومن جنى على هدي التطوع فأخذ له أرشاً فليصنع به ما يصنع من رجع بعيب أصابه كالهدي المقلد.

ابن المواز: وأحب إلي في الجناية أن يتصدق به في التطوع والواجب.

أبو محمد: يريد محمد إن لم يكن فيه ثمن هدي. **ابن يونس**: يريد ولا يلزمه بدله في الواجب إذا كانت الجناية لا يجزئ بها الهدي؛ لأنها إنما طرأت عليه بعد الإشعار، فهي كالعيب يطرأ بعد الإشعار، وإن كان القياس فيها لا تجزئ؛ لأن الهدي الواجب لو هلك بعد الإشعار وقبل أن يبلغ محله لم يجزأه، فكذلك كان ينبغي إن هلك بعضه، يحكم للبعض بحكم الجميع، وكذلك قال الأبهري إن القياس أن لا يجزئ.

ابن يونس: ولكن قد قاله مالك وأصحابه، فلا يعدل عنهم.

التونسي: ولو جنى عليه جنايةً لم تُتْلِف نفسه غير أنها نقصته نقصاً كثيراً إلا أنه يمكن وصوله حتى ينحر في محله - ما أغرمه إلا ما نقص؛ لأنه جازٍ عن صاحبه. ولو كانت الجناية تؤدي إلى عدم وصوله إلى محله لكان كأنه قتله، وعليه جميع قيمته. وانظر إذا أدى الجاني قيمته هل للجاني بيع لحمه إذا نحره لأنه خشي عليه الهلاك، وهو يقول: لست أنا الذي تقربت به، وإنما جنيت عليه فلزمتني قيمته، والمعتدى عليه يشتري بما أخذ من عوضه. انتهى.

مِنْ سُنَّةِ الْهَدْيِ فِي الإِبِلِ التَّقْلِيدُ وَالإِشْعَارُ، وَفِي الْبَقَرِ التَّقْلِيدُ بِخِلافِ الْغَنَمِ عَلَى الأَشْهَرِ ...

روى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: **فتلت قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم أشعرها وقلدها، ثم بعث بها إلى البيت فما حرم عليه شيء كان له حلالاً**.

واتفق على تقليد الإبل وإشعارها إذا كانت لها أسنمة، فإن لم يكن لها أسنمة فقال اللخمي وصاحب الجواهر: أطلق في الكتاب أنها تشعر. وقال في كتاب محمد أنها لا تشعر؛ لأن الإشعار تعذيب فيقتصر به على ما ورد. وأما البقرة فتقلد ولا تشعر إلا أن

يكون لها أسنمة لتحقق مشابهتها حيئنذ للإبل، وعن ابن حبيب أن البقر والإبل [٢١٣/ ب] تشعر وإن لم تكن لها أسنمة، وأما الغنم فلا تشعر باتفاق، والمشهور أنها لا تقلد خلافاً لابن حبيب، ودليله ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: **أهدى النبي صلى الله عليه وسلم مرة إلى البيت غنماً فقلدها.**

ابن رشد: والاختيار البداية بالتقليد قبل الإشعار؛ لأنها تكون أسكن للتقليد. وقوله: (**وَمِنْ سُنَّةِ الْهَدْيِ**) يريد أن ذلك خاص بالهدي دون فدية الأذى.

وَالتَّقْلِيدُ تَعْلِيقُ نَعْلٍ فِي الْعُنُقِ، وَقِيلَ: مَا تُنْبِتُهُ الأَرْضُ، وَقِيلَ: مَا شَاءَ، وَتُجْتَنَبُ الأَوْتَارُ

قوله: (**تَعْلِيقُ نَعْلٍ**) هذا يجزئ والأفضل نعلان. قاله في المدونة والموطأ وغيرهما.

وقوله: (**وَقِيلَ: مَا تُنْبِتُهُ الأَرْضُ**) فيه نظر.

وههنا مسألتان:

الأولى: استحباب تعليق نعلين والواحدة تجزئ.

والثانية: بم يعلق به؟ **ابن بشير**: والمشهور استحباب التعليق بما تنبته الأرض. وقال ابن حبيب: لا مزية له على غيره. واختاره اللخمي لما في بعض طرق الحديث المتقدم أن قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت من عِهْنٍ.

مالك: وأحب إلي أن يفتل فتلاً؛ لحديث عائشة رضي الله عنها. وقوله: (**وَتُجْتَنَبُ الأَوْتَارُ**) لما يخشى أن تتعلق بشيء فتؤذي الهدي لرقتها وقوتها. **الباجي**: وقول مالك: "أحب إلي ما تنبته الأرض" لعله أراد به أحب إليه من الأوتار التي هي من القعب والجلد، وإن كان العهن أحب إليه، ويحتمل أن يريد أن نبات الأرض أحب إليه من ذلك كله، وحمل حديث النبي صلى الله عليه وسلم على الجواز. وحكى في الجواهر قولاً بكراهة التقليد بالنعال والأوتار. وفي ابن بشير: ولا يقلد بالنعال ولا بالأوتار.

وَالإِشْعَارُ أَنْ يُشَقَّ مِنَ الأَيْسَرِ، وَقِيلَ: مِنَ الأَيْمَنِ مِنْ نَحْوِ الرَّقَبَةِ إِلَى الْمُؤَخَّرِ مُسَمِّياً ثُمَّ يُجَلِّلُهَا إِنْ شَاءَ ....

المشهور أن الإشعار من الجانب الأيسر، وعن مالك من الأيمن، واختاره صاحب المعونة. وقال ابن المواز: الإشعار من أي الشقين شاء.

ابن عبد البر: واستحب أكثر أهل العلم في الجانب الأيمن؛ لما في مسلم أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك. وروي كالمشهور حديث لكن قال ابن عبد البر: إنه حديث منكر وروي أن ابن عمر كان يشعرها من الجانبين. فتؤول على أنه أراد بذلك تذليلها إذا كانت صعاباً، وتؤول على أنه أراد من أي الجانبين شاء. والمشهور أنه من نحو الرقبة إلى المؤخر. قال ابن حبيب: يشعرها طولاً.

وقوله: (**مُسَمِّياً**) أي يقول: بسم الله والله أكبر. ونص مالك على استحباب ذلك. **الأبهري وابن رشد وغيرهما**: السنة أن يستقبل هو والهدي حال الإشعار - القبلة، ويشعر بيمينه وخطام بعيره بشماله، فإذا فعل ذلك وقع إشعاره في الشق الأيسر.

ابن رشد: ولا يكون في الأيمن إلا أن يستدبر القبلة أو يمسك له غيره.

وقوله: (**ثُمَّ يُجَلِّلُهَا**) أي: بعد التقليد والإشعار. وهذا كقول مالك في المدونة: يقلد هديه ثم يشعره ثم يجلله إن شاء ثم يركع ثم يحرم.

ابن عبد البر: والسنة اتصال ذلك كله، وظاهرها ككلام المصنف عدم استحباب التجليل. وفي البيان: يستحب العمل به، ومن الاستحباب فيه إن كانت الجلال مرتفعة ألا يشق عن الأسنمة، وأن يؤخر تجليلها إلى عند الغدو من منى إلى عرفة. انتهى.

وإنما تجلل البدن دون البقر والغنم. قاله مالك في المبسوط.

ولا يقلد ولا يشعر إلا من يَنحَر، فلا تقلد امرأة وهي تجد رجلاً يقلد ويشعر لها، قاله في العتبية.

والمستحب عند مالك شق الجلال عن الأسنمة إلا أن تكون مرتفعة عن الأسنمة.

وَيَأْكُلُ مِنْهَا كُلِّهَا وَيُطْعِمُ - كَالأُضْحِيَّةِ - الْغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ، إلا جَزَاءَ الصَّيْدِ وَنُسُكَ الأَذَى، وَنَذْرُ الْمَسَاكِينِ بَعْدَ مَحَلِّهِ، بِخِلافِ نَذْرِ الْهَدْيِ، وَأَمَّا قَبْلَهُ فَيَأْكُلُ أَوَيُطْعِمُ عَلَى الْمَشْهُورِ؛ لأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ، وَلا يَبِيعُ شَيْئاً، وَإِلا هَدْيَ تَطَوُّعٍ إِذَا عَطِبَ قَبْلَ مَحَلِّهِ؛ لأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ، فَإِنَّ الْجَمِيعَ مُخْتَصٌّ بِالْفَقِيرِ

أي: ويأكل من سائر الهدايا واجبها وتطوعها إلا أربعة أشياء.

قوله: (**وَيُطْعِمُ كَالأُضْحِيَّةِ**) لأن كل هدي يجوز له الأكل منه يجوز له أن يطعم منه الغني والفقير والذمي.

واعلم أن الهدي على أربعة أقسام:

منه ما يؤكل منه قبل بلوغ المحل وبعده، وهو كل ما وجب لنقص في حج أو عمرة. وأشار المصنف إلى هذا القسم بقوله: (**ويأكل من الهدايا كلها**) لأنه لما استثنى الأربعة علم أن ما عداها يؤكل منه.

ومنه ما لا يؤكل منه لا قبل بلوغ المحل ولا بعده، وهو نذر المساكين المعين، ولا يؤخذ هذا القسم من كلام المصنف.

ومنه ما يؤكل منه قبل البلوغ لا بعده، وهو ثلاثة أشياء: جزاء الصيد وفدية الأذى، ونذر المساكين المضمون، وأشار المصنف إلى هذا القسم بقوله: (**إلا جَزَاءَ الصَّيْدِ وَنُسُكَ الأَذَى، وَنَذْرُ الْمَسَاكِينِ بَعْدَ مَحَلِّهِ**) يريد نذر المساكين غير المعين كما ذكرنا.

والرابع هدي التطوع، لا يأكل منه إذا عطب قبل المحل، ويأكل منه بعد بلوغه. وإليه أشار بقوله: (**وَإِلا هَدْيُ تَطَوُّعٍ إِذَا عَطِبَ قَبْلَ مَحَلِّهِ**) ولأجل أن هذا عكس الثلاثة فصله عنها. وقال: (**وَإِلا**) وإنما قلنا من سائر الهدايا لقوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا** ﴾

[٢١٤/ أ] وخصص جزاء الصيد؛ لأنه قيمة مُتْلَفٍ، وفدية الأذى؛ لأنه بدل عن الترفه، ولأنه لما كان في فدية الأذى وجزاء الصيد مخيراً بين الدم والطعام ابتدأ ثم أهدى، صار كأنه بدل عن الطعام، فكما لا يأكل من الطعام، لايأكل من بدله. وفي المبسوط من رواية ابن نافع عنه: لا ينبغي أن يأكل من الجزاء أو الفدية، فإن جهل فأكل فلا شيء عليه، وفي المدونة من رواية داود بن سعيد أن مالكاً سئل عن الرجل يأكل من الفدية أو من جزاء الصيد وهو جاهل، قال: لاشيء عليه، وليستغفر الله.

وما ذكره المصنف أيضاً من المنع في نذر المساكين هو المشهور. وفي الموازية عن مالك قول باستحباب ترك الأكل منه فقط.

قوله: (**بِخِلافِ نَذْرِ الْهَدْيِ**) كقوله: "لله علي هدي" ولم ينوه للمساكين – فإنه يأكل منه قبل وبعد. فإن سماه للمساكين وهو مضمون أكل منه قبل، ولا يأكل منه بعد. وإن كان منذوراً معيناً ولم يسمه للمساكين وقلده وأشعره من غير نذر أكل منه بعد ولا يأكل منه قبل. انتهى.

قوله: (**وَأَمَّا قَبْلَهُ فَيَأْكُلُ أَوَ يُطْعِمُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) يعني: وأما قبل بلوغ المحل فالأكل جائز من الثلاثة؛ لأن عليه بدلها، وهو معنى قوله: (**لأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ**) **ابن هارون**: انظر قوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) فإني لا أعلم في جواز أكلها قبل البلوغ خلافاً. وقال ابن عبد السلام: الذي يفهم من كلامه أن نذر المساكين لا يؤكل منه بعد البلوغ، واختلف في ذلك قبل البلوغ. والذي حكاه غيره أن الأمر بالعكس؛ إن كان قبل بلوغ المحل يجوز الأكل منه، واختلف في جواز الأكل بعد المحل، وهذا أقرب لكثرة من نقل ذلك. انتهى.

وقوله: (**وَلا يَبِيعُ شَيْئاً**) أي: من الثلاثة، وفي معناها هدي التطوع إذا عطب قبل محله لنية القربة فيها. **ابن يونس**: قال مالك: ولا يبيع من ذلك لحماً، ولا جلداً، ولا جلالاً،

ولا خطاماً، ولا قلائد ولا يستعين بذلك في الثمن. وقال عبد الملك في الهدي يعطب قبل بلوغ المحل: له أن يبيعه.

قوله: (**فَإِنَّ الْجَمِيعَ مُخْتَصٌّ بِالْفَقِيرِ**) ظاهره العموم في الأربعة المستثناة على الوجه الذي ذكره، وهو صحيح، إلا في هدي التطوع إذا عطب قبل محله فإن إباحته غير مختصة بالفقير، وهو مباح لكل من كان مباحاً له لو بلغ محله إلا سائقه، وتأكل منه الرفقة، لما في الصحيح: «**وخل بين الناس وبينه**». وفي حديث آخر في الصحيح: «**ولا تأكل منها أنت ولا أحد من رفقتك**». ولم يقل به الجمهور للحديث الأول، وأخذ به أبو ثور، وهو ظاهر لقبول زيادة العدل.

وَفِي هَدْيِ الْفَسَادِ قَوْلانِ

المشهور جواز الأكل؛ لأنه لنقص في حج أو عمرة، والشاذ في الموازية، وخرج اللخمي عليه منع الأكل فيما سيق لوصم في حج أو عمرة. وفيه نظر؛ لاحتمال أن يقال بذلك في الفساد فقط ردعاً له.

وَيَنْحَرُ هَدْيَ التَّطَوُّعِ إِذَا عَطِبَ قَبْلَ مَحَلِّهِ وَتُلْقَى قَلائِدُهُ فِي دَمِهِ، وَيَرْمِي جُلَّهَا وَخِطَامَهَا، وَيُخَلِّي بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهَا فَإِنْ أَمَرَ أَحَداً بِأَخْذِ شَيْءٍ مِنْهَا فَعَلَيْهِ الْبَدَلُ، وَسَبِيلُ الرَّسُولِ كَصَاحِبِهَا، وَلا يَضْمَنُ ...

لما في الموطأ في الذي بعث معه رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه قال: يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدي؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**كل بدنة عطبت من الهدي انحرها، ثم الق قلائدها في دمها، ثم خل بينها وبين الناس يأكلونها**».

قال: وهو هدي تطوع.

قوله: (**فَإِنْ أَمَرَ أَحَداً بِأَخْذِ شَيْءٍ مِنْهَا فَعَلَيْهِ الْبَدَلُ**) كقوله في المدونة: فإن أكل أو أمر بأكلها أو أخذ شيئاً من لحمها فعليه البدل.

قوله: (**وَسَبِيلُ الرَّسُولِ كَصَاحِبِهَا**) أي: أنه يستوي مع صاحبها في عدم الأكل وعدم الأمر بالأكل، لكنه لا يضمن إن فعل؛ لأنه أجنبي.

وَمَنْ أَطْعَمَ غَنِيّاً أَوْ ذِمِّيّاً مِنَ الْجَزَاءِ أَوِ الْفِدْيَةِ فَعَلَيْهِ الْبَدَلُ، وَلَوْ جَهِلَهُمْ كَالزَّكَاةِ، وَلا يُطْعِمُ مِنْهَا أَبَوَيْهِ وَنَحْوَهُمَا كَالزَّكَاةِ، وَالذِّمِّيُّ فِي غَيْرِهِمَا خَفِيفٌ وَقَدْ أَسَاءَ ...

اللخمي: كل هدي جاز له الأكل منه جاز له أن يطعم منه الغني والذمي. وكل هدي لم يجز له الأكل منه فلا يجوز له أن يطعمها. ولا المسلم الفقير الذي تلزمه نفقته كالزكاة.

قوله: (**فَعَلَيْهِ الْبَدَلُ**) أي: على ما سيأتي.

قوله: (**وَلَوْ جَهِلَهُمْ كَالزَّكَاةِ**) هو كقوله في المدونة: ومن أطعم الأغنياء من الجزاء والفدية فعليه البدل جَهِلَهُم أو عَلِمَهُم كالزكاة.

ولا يطعم منها ولا من جميع الهدي غير مسلم، فان فعل أبدل الجزاء والفدية، ولا يبدل غيرهما، وهو خفيف وقد أساء.

ولا يتصدق بشيء من الهدي على فقراء أهل الذمة ولا يطعم من الجزاء أبويه وزوجته وولده ومدبره ومكاتبه وأم ولده؛ كما لا يطعمهم من الزكاة.

ابن يونس: وإنما قال: يبدل الجزاء والفدية دون غيرهما؛ لأن الفدية وجزاء الصيد إنما هما للمساكين كالزكاة، فلم يجز أن يعطي منهما إلا ما يعطي من الزكاة. ولابن القاسم في الموازية: أرجو أن تجزئه الفدية والجزاء. ونقل اللخمي عن الموازية أنه إذا أطعم غنياً مجتهداً أنه يجزئه. وخرج عليه الإجزاء في الذمي.

قال: ويختلف إذا علم أنه غني أو ذمي وجهل الحكم هل يجزئه؟ وحَمْلُ قول المصنف: (**وَالذِّمِّيُّ فِي غَيْرِهِمَا خَفِيفٌ**) على أنه يريد نذر المساكين. قال: وهو موافق لقوله: (**إن ترك الأكل منه استحساناً**) قال: وعلى القول الآخر يكون كالجزاء.

ابن عبد السلام: وتخصيص اللخمي قوله في المدونة: "والذمي في غيرهما خفيف بنذر المساكين" ليس بقوي وحمل قول المصنف: (**الذِّمِّيُّ فِي غَيْرِهِمَا خَفِيفٌ**) على العموم، قال: ولا وجه لقصر ذلك على نذر [٢١٤/ ب] المساكين، وإنما هو ما أشار إليه مالك في الضحايا بأن هذه القربات لا ينبغي أن يطعم منها أهل الذمة.

قوله: (**خَفِيفٌ**) أي: بالنسبة إلى البدل ولا يريد جواز الإقدام لقوله: (**وَقَدْ أَسَاءَ**).

وَخِطَامُ الْهَدَايَا كُلِّهَا وَجِلالُهَا كَلَحْمِهَا، وَفِي هَدْيِ الْفَسَادِ قَوْلانِ

أي: فإن كان اللحم خاصاً بالفقير فكذلك الجلال والخطام وإلا فلا. والخلاف في جلال هدي الفساد مبني على الخلاف في اللحم.

فَإِنْ أَكَلَ مِمَّا لَيْسَ لَهُ - فَرَابِعُهَا الْمَشْهُورُ عَلَيْهِ قَدْرُ أَكْلِهِ مِنْ نَذْرِ الْمَسَاكِينِ إِنْ كَانَ مُعَيَّناً؛ لأَنَّهُ لَيْسَ كَغَيْرِهِ، وَقِيلَ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَعَلَى قَدْرِ أَكْلِهِ - فَثَلاثَةٌ؛ مِثْلُ اللَّحْمِ وَقِيمَتُهُ طَعَاماً وَقِيمَتُهُ ثَمَناً ...

مما ليس له أي من الأربعة المذكورة. وحكى المصنف خمسة أقوال:

الأول: يتضمن قدر أكله مطلقاً؛ لأنه كالغاصب.

الثاني: يضمن الهدي كله مطلقاً ونقلها في الجلاب عن مالك، وبالأول قال عبد الملك.

والثالث لمالك أيضاً: الفرق، فعليه في نذر المساكين مطلقاً قدر أكله، وعليه في الثلاثة بدل الجميع.

والرابع كالثالث لكن الفرق في نذر المساكين بين المعين وغيره، فجعل نذر المساكين غير المعين ملحقاً بالثلاثة.

وقوله: (**لأَنَّهُ لَيْسَ كَغَيْرِهِ**) أي: لأن أمره خفيف. وذكر المصنف أن هذا هو المشهور، وذلك لأنه وقع في الكتاب لفظتان؛ جمعه مرة مع جزاء الصيد والفدية، ومرة قال: (**يطعم قدر ما أكل**). **التونسي**: فكان بعض مشايخنا يتأول ذلك على أنه إن كان معيناً أطعم قدر ما أكل. وإن كان مضموناً كان عليه البدل. انتهى. وكذلك حمل ابن يونس المدونة عليه فقال بعد قول ابن القاسم فيها: وإن أكل مما نذره للمساكين فلا أدري ما قال مالك فيه، وأرى أن يطعم المساكين قدر ما أكل لحماً، ولا يكون عليه البدل؛ لأن نذر المساكين لم يكن عليه عند مالك في ترك الأكل بمنزلة جزاء الصيد وفدية الأذى. وإنما استحب مالك ترك الأكل منه. يعني نذر المساكين بعينه، ولو كان مضموناً لكان عليه بدله كله. انتهى. فلأجل هذا شهر المصنف الرابع والله أعلم.

وحمل الباجي ما في المدونة على الخلاف، وانظر قول ابن القاسم في نذر المساكين: وإنما استحب مالك ترك الأكل منه، فإنه لا يقتضي تحريم الأكل والله أعلم.

ومقتضى كلام ابن عبد البر في الكافي أن الأشهر في الجميع إبدال الهدي كله. ولفظه: وكل من أهدى هدياً لا يجوز له الأكل منه، فإن أكل منه ففيه قولان: **أحدهما**: أنه يبدل الهدي كله. **والآخر**: أنه لا يبدل إلا ما أكل منه، والأول أشهر عند مالك، وقد روي عن مالك أنه إن أكل من نذر المساكين شيئاً لم يكن عليه إلا مقدار ما أكل. وإن أكل من جزاء الصيد وفدية الأذى لم يجزأه وأتى بفدية كاملة. ثم قال في هدي التطوع إذا عطب قبل محله: فإن أكل أو أطعم أو تصدق فالأشهر عن مالك أنه إن أكل منه شيئاً ضمنه كله. انتهى.

والقول الخامس: لا شيء عليه، وهو لمالك أيضاً من رواية ابن نافع وقد تقدم.

قوله: (**وَعَلَى قَدْرِ أَكْلِهِ**) يعني: إن أوجبنا عليه الهدي فلا تفريع، وإن قلنا: قدر ما أكل فنقل الباجي عن بعض الأصحاب أنه لحم. **ابن محرز**: وهذا إن عرف وزنه، وإلا فقيمته. وعن ابن الماجشون: قيمته طعاماً يتصدق به. **ابن بشير**: والأول أصح. والقول بالثمن للتونسي.

وَإِذَا لَمْ يُمْكِنْ حَمْلُ وَلَدِ الْهَدِيَّةِ عَلَى غَيْرِهَا، وَلا عَلَيْهَا وَلا تَرَكَهُ لِيَشْتَدَّ فَكَهَدْيِ تَطَوُّعٍ عَطِبَ قَبْلَ مَحَلِّهِ ...

قوله: (**فَكَهَدْيِ تَطَوُّعٍ عَطِبَ قَبْلَ مَحَلِّهِ**) أي: ولو كانت أمه واجبة، وإنما كان كهدي التطوع؛ لأنه ليس مضموناً، والحكم في ترتيب الوجوه التي ذكرها المصنف على نحو ما وقعت في لفظه؛ يطلب أولاً الحمل على غير أمه إن أمكن ذلك وإلا حمل عليها- قاله في المدونة - لأن المذهب كراهة ركوب الهدي إلا مع الضرورة، وعليه أن ينفق عليه في حمله وبقائه، فإن أضاعه حتى هلك ضمنه.

أشهب: فإن باعه أو ذبحه يريد بغير ضرورة فعليه بدله هدياً كبيراً تاماً، وهذا كله إذا ولد بعد التقليد، وأما قبله بعد نية الهدي فاستحب مالك أن ينحر معها؛ لأنه حينئذ كولد الأضحية، بخلاف ما كان بعد التقليد، فإنه يجب ذبحه لتعين الهدي بالتقليد والإشعار.

وَلا يَشْرَبُ مِنْ لَبَنِهَا، وَلا شَيْءَ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِهَا أَوْ بِوَلَدِهَا، فَيَغْرَمُ مُوجِبَ فِعْلِهِ، وَاسْتَحْسَنَ أَلا يَرْكَبَهَا إِلا إِنِ احْتَاجَ، وَلا يَلْزَمُ النُّزُولُ بَعْدَ الرَّاحَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

قال في المدونة: ولا يشرب من لبن الهدي شيئاً ولا ما فضل عن ولدها، فإن فعل فلا شيء عليه؛ لأن بعض من مضى أرخص فيه بعد ري فصيلها. وظاهره المنع ابتداء. ونص ابن القاسم في الموازية على الكراهة. **محمد**: إلا أن تتضرر بترك الحلاب فتحلب بقدر ذلك. وحكى بعضهم قولاً بالإباحة. وأجاز مالك شربه للضرورة.

ابن القاسم: ومن أضر بولد بدنته حتى مات فعليه بدله مما يجوز في الهدي، وإليه [٢١٥/ أ] أشار بقوله: (**فَيَغْرَمُ مُوجِبَ فِعْلِهِ**).

وقوله: (**وَاسْتَحْسَنَ أَلا يَرْكَبَهَا إِلا إِنِ احْتَاجَ**) ظاهر، وهو كذلك في المدونة، وعن مالك من رواية ابن نافع إباحة الركوب ابتداءً ما لم يكن ركوباً فادحاً.

وقوله: (**ولا يلزمه النزول**) ظاهر. والشاذ: يلزمه النزول بعد الراحة لمالك أيضاً، واقتصر عليه في الجلاب، وهما كالقولين في المضطر إلى أكل الميتة هل يشبع ويتزود أو يسد الرمق فقط؟

التونسي: وإن نزل لحاجة أو لليل لم يركبها أيضاً حتى يحتاج إلى ذلك كأول مرة.

مالك: وإذا ركبها فلا يركبها بمحمل ولا يَحْمِلُ عليها زاداً ولا شيء يتعبها به.

وَيَنْحَرُهَا صَاحِبُهَا قَائِمَةً مَعْقُولَةً أَوْ مُقَيَّدَةً

هذه صفات مستحبة في نحر الهدي؛ **أولها**: أن يتولى نحرها صاحبها اقتداء به عليه الصلاة والسلام. ومنها: أن تكون قائمة معقولة، لقوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا** ﴾ أي: سقطت وتقيد أو تعقل لئلا تشرد. وخرج مسلم **أن ابن عمر مر على رجل وهو ينحر بدنته باركة فقال: ابعثها قائمة مقيدة، سنة نبيكم صلى الله عليه وسلم**. وروي **أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة باليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها**. واستحب مالك إذا كثرت أن تُجْعَل صفاً، وكذلك إن كانت واحدة أن تصف يداها.

مالك: ولا تعرقب بعد النحر إلا أن يخاف أن تغلب ويضعف عنها. قال: ولينحرها باركة أحب إلي من أن تعرقب، وليربطها بحبل ويمسكها رجلان، رجل من كل ناحية وهي قائمة مصفوفة أحب إلي من أن ينحرها باركة. وأجاز مالك أن ينحر قَبلَ الإمام.

فَإِنْ نَحَرَ مُسْلِمٌ هَدْيَ غَيْرِهِ عَنْهُ مقلداً أَجْزَأَهُ وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ، بِخِلافِ الأُضْحِيَّةِ؛ لأَنَّ الْهَدْيَ إِذَا قُلِّدَ لَمْ يَرْجِعْ مِلْكاً وَلا مِيرَاثاً، وَالأُضْحِيَّةُ تُبْدَلُ بِخَيْرٍ مِنْهَا ...

نحوه في المدونة، وتصوره ظاهر.

وقوله: (**مُسْلِمٌ**) احترازاً من الذمي فإن مالكاً نص على أنه لا يجزئه وعليه البدل. ابن يونس: وقال أشهب: يجزئه إن كان ذمياً.

وقوله: (**عَنْهُ**) احترازاً مما لو ذبح عن نفسه كما سيأتي، وفي النوادر عن أشهب قول بعدم الإجزاء، ونصه: قال ابن القاسم عن مالك: ومن نحر هدي غيره ونحر غيره هديه فذلك يجزئهما، ولا يجزئ في الضحايا. وقال أشهب: لا يجزئ في الهدي ويضمن كل واحد لصاحبه، وذكره عن مالك، وكذلك في المستخرجة. انتهى.

فَإِنْ نَحَرَ عَنْ نَفْسِهِ تَعَدِّياً أَوْ غَلَطاً - فَثَالِثُهَا يُجْزِئُ فِي الْغَلَطِ

يعني: فإن قصد الذابح بالذبح عن نفسه؛ إما تعدياً - سواء وكله على ذبحه أو لم يوكله - أو غلطاً فاختلف هل يجزئ صاحبه على ثلاثة أقوال:

قال محمد: يُجْزِئُ؛ لوجوبه بالتقليد، ونص على الإجزاء في الغنم. قال: وقد جاء في الحديث: «**ربك أعلم بمن أنزلها من الجبل**».

وقال أشهب: لا يجزئ.

والقول الثالث هو المشهور ومذهب المدونة؛ إذ الغالط قصد بفعله القربة على الجملة بخلاف المتعدي. والمشهور أنها لا تجزئ عن الذابح. وروى أبو قرة عن مالك أنها تجزئه وعليه قيمتها لربها.

وَلَوِ اسْتَحْيَا الْمَسَاكِينُ الْهَدْيَ فَعَلَيْهِ بَدَلُهُ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعاً

المطلوب ألا يعطي الهدي إلا بعد نحره، فإن دفعه للمساكين قبل نحره ونحروه أجزأه، وإن استحيوه فعليه بدله واجباً كان أو تطوعاً؛ أما في الواجب فظاهر؛ لأن الذمة لم تبرأ. وأما في التطوع فهو كمن أفسده بعد الدخول فيه فيجب عليه قضاؤه.

وَلا يَشْتَرِكُ فِي هَدْيٍ، وَقِيلَ: إِلا فِي هَدْيِ التَّطَوُّعِ

الأول قوله في المدونة، والثاني قوله في الموازية.

وَلَوْ هَلَكَ أَوْ قُتِلَ أَوْ سُرِقَ قَبْلَ نَحْرِهِ وَجَبَ بَدَلُهُ فِي الْوَاجِبِ دُونَ التَّطَوُّعِ، وَلَوْ وَجَدَهُ بَعْدَ نَحْرِ الْبَدَلِ وَجَبَ نَحْرُهُ إِنْ كَانَ مُقَلَّداً، وَإِلا فَلَهُ بَيْعُهُ، وَقَبْلَ نَحْرِ الْبَدَلِ يَنْحَرُهُمَا إِنْ كَانَا مُقَلَّدَيْنِ، وَإِلا بِيعَ الآخَرُ، وَلَوْ سُرِقَ بَعْدَ نَحْرِهِ أَجْزَأَهُ

قوله: (**وَجَبَ بَدَلُهُ فِي الْوَاجِبِ**) لأن الذمة لم تبرأ، بخلاف النذر المعين فإنه لا يجب بدله كالتطوع.

قوله: (**وَجَبَ نَحْرُهُ**) ظاهر؛ لأنه وجب بالتقليد، وذلك يمنع من عوده إلى ملك ربه.

قوله: (**وَإِلا**) أي: وإن ضل قبل التقليد فنحر البدل ثم وجده فعليه بيعه لعدم التقليد.

قوله: (**وَقَبْلَ نَحْرِ الْبَدَلِ.... إلخ**) يعني: وله إذا وجد هديه قبل نحر البدل أربعة أحوال؛ إما أن يكونا مقلدين أو غير مقلدين، وإما أن يكون الأول دون الثاني أو بالعكس، ففي الأول يجب نحرهما لتعيينهما بالتقليد وفي الثاني يخير، لكن يستحب له أن يذبح أفضلها. وفي الآخرين يجب عليه ذبح المقلد وله بيع ما لم يقلده.

وقوله: (**وَلَوْ سُرِقَ بَعْدَ نَحْرِهِ أَجْزَأَهُ**) أي: لأنه بالنحر بلغ المحل، وتفريقه أمر زائد على الواجب لا يضر تركه.

وَجَزَاءُ الصَّيْدِ عَلَى التَّخْيِيرِ؛ مِثْلُهُ أَوْ إِطْعَامٌ أَوْ صِيَامٌ؛ فَالْمِثْلُ مُقَارِبُهُ مِنَ النَّعَمِ فِي الْقَدْرِ وَالصُّورَةِ، وَإِلا فَالْقَدْرُ، فَفِي النَّعَامَةِ بَدَنَةٌ ...

الأصل فيه وفي كونه على التخيير قوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا ﴾ والمراد بالمثل في الآية هنا ما يقارب الصيد في الصورة والقدر، وإلا فالقدر [٢١٥/ ب] كاف، فلذلك قلنا: إن في النعامة بدنة لمقاربتها لها في القدر والصورة.

وَلا نَصَّ فِي الْفِيلِ، فَقَالَ ابْنُ مُيَسَّرٍ: بَدَنَةٌ خُرَاسَانِيَّةٌ ذَاتُ سَنَامَيْنِ، وَقَالَ الْقَرَوِيُّونَ: الْقِيمَةُ وَقِيلَ: قَدْرُ وَزْنِهِ لِغَلاءِ عِظَامِهِ ...

أي: ولا نص لمالك ولا لأصحابه المتقدمين، واختلف من بعدهم، فقال ابن ميسر: فيه بدنة خراسانية ذات سنامين؛ لأنها أعظم ما يقدر عليه من النعم، قال: وإن لم توجد البدنة الخرسانية، فعليه قيمته طعاماً. والثالث أقرب إلى الثاني لما نبه عليه بقوله: (**لِغَلاءِ عِظَامِهِ**) الرغبة في عظام الفيل كالرغبة في فراهة البازي وشبهه وهي ملغاة هنا. قال بعضهم: صفة وزنه أن يجعل في مركب فينظر إلى حيث ينزل في الماء ثم يملأ بالطعام حتى ينزل ذلك القدر. **ابن راشد**: والظاهر أنه يتوصل إلى وزنه بالعيار.

وَفِيهَا: وَكُلُّ صَيْدٍ لَهُ نَظِيرٌ مِنَ النَّعَمِ

كأنه أتى بهذا ترجيحاً لقول ابن ميسر؛ إذ العموم شامل له. وأعظم النعم هي البدنة ذات السنامين وبهذا اللفظ تمسك ابن ميسر. ولفظ المدونة: ولا يبلغ بشيء من الصيد دمين، وليس شيء من الصيد إلا وله نظير من النعم. وقد يقال: الظاهر أنه لم يتعرض في هذا اللفظ للفيل لقلة وجوده هناك.

وَفِي حِمَارِ الْوَحْشِ وَالإِيَّلِ وَبَقَرِ الْوَحْشِ بَقَرَةٌ، وَفِي الضَّبُعِ وَالثَّعْلَبِ وَالظَّبْيِ شَاةٌ، وَفِي نَحْوِ الضَّبِّ وَالأَرْنَبِ وَالْيَرْبُوعِ الْقِيمَةُ طَعَاماً ....

الإِيَّل: قريب من البقرة في القدر طويل القرن.

وما ذكره المصنف من الضب والأرنب واليربوع هو مذهب المدونة. وروى ابن وهب أن في الضب شاة.

وَفِي حَمَامِ مَكَّةَ شَاةٌ بِغَيْرِ حَكَمَيْنِ، وَالْحَرَمُ مِثْلُهَا عَلَى الْمَشْهُورِ وَفِي حَمَامِ الْحِلِّ الْقِيمَةُ كَسَائِرِ الطَّيْرِ ....

هذا لقضاء عثمان رضي الله عنه، وأسقطوا الحكمين؛ لأنه من باب الديات قال مالك وعبد الملك: فإن لم يجد فصيام عشرة أيام، ولا يخرج في ذلك طعاماً. وقال أصبغ: في حمام مكة - إن شاء - شاة، وإن شاء قدر ما يشبع الشاة من الطعام، وإن أحب صام لكل مد يوماً. والعلة في تغليظ جزاء الحمام، أن حمام مكة يألف الناس فشدد فيه حتى لا تتسرع أيدي الناس إليه. فإن قيل: لم أخذتم بقضاء عثمان هنا ولم تأخذوا بقضاء عمر - رضي الله عنهما - في اليربوع بجفرة؟ قيل: لأن الله سبحانه قال في جزاء الصيد: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ فسماه هدياً ولا يهدي إلا الجذع من الضأن والثني من غيره، ولم يختلف أن في حمام الحل قيمته طعاماً، والحرم مثل مكة على المشهور. والشاذ لابن القاسم: فيه حكومة.

وَفِي إِلْحَاقِ الْقُمْرِيِّ الْفَوَاخِتِ وَشِبْهِهَا بِالْحَمَامِ قَوْلانِ، وَفِيهَا: الْيَمَامُ مِثْلُ الْحَمَامِ

منشأ الخلاف هل تسمى هذه الأشياء حماماً أم لا؟ مذهب المدونة كما ذكره المصنف الإلحاق، وعدم الإلحاق لابن الماجشون.

وَفِي الصَّغِيرِ مَا فِي الْكَبِيرِ، وَفِي الْمَعِيبِ مِثْلُ مَا فِي السَّلِيمِ، وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَى سَوَاءٌ

قياساً على الدية، وقال اللخمي: يقوم على هيئته من الصغر والكبر على المستحسن من القول.

وَفِي الْجَنِينِ عُشْرُ دِيَةِ الأُمِّ، فَإِنِ اسْتَهَلَّ فَكَالْكَبِيرِ، وَفِي الْمُتَحَرِّكِ قَوْلانِ

قوله: (**عُشْرُ دِيَةِ الأُمِّ**) أي: كما في الآدمي. والمراد بـ(**دِيَةِ الأُمِّ**): جزاؤها. ولولا القياس على الآدمي لكان ينبغي أن يكون في الجنين ما نقص من الأم. وقد نص في الموازية في جنين البهيمة إذا تعدى عليه أن عليه ما نقصها، واختلف في جنين الأمة، هل فيه عشر قيمة أمه، أو ما نقصها؟ والقول بوجوب العشر في المتحرك لابن القاسم. والقول بأن فيه دية كاملة لأشهب، ولم يقيد الحركة هنا بالكثرة بخلاف ما قدمه في باب الجنائز احتياطياً، ألا ترى أنهم اعتبروا في هذا الباب الشك، فقد أوجب ابن القاسم في البيضة تنكسر عن فرخ شك في حياته - الجزاء. **ابن المواز**: إذ لعل الكسر قتله، إلا أن يوقن أنه ميت قبل الكسر بالرائحة فلا شيء عليه.

وَالْبَيْضُ كَالْجَنِينِ، وَقِيلَ: حُكُومَةٌ، وَقِيلَ: كَالأُمِّ

الأول مذهب المدونة، زاد فيها: إلا أن يوقن أنه ميت قبل ذلك بالرائحة ونحوها. **ابن يونس**: يريد فلا يكون عليه شيء.

ومعنى (**الحكومة**) في القول الثاني أن يُقَوَّمَ بالطعام، فيختلف بكبر البيضة وصغرها ورجاء السلامة لها.

وقوله: (**وَقِيلَ: كَالأُمِّ**) أي: نظراً إلى المال واختلف في بيض النعام، فقال مالك: فيه عشر دية أمه كان فيه فرخ أم لا. قال ابن نافع: لا آخذ به بل أتبع ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم، فقد سأله محرم عن ثلاث بيضات نعام أصابهن، فقال: «صم لكل بيضة يوماً». وقال أصبغ بالأول إن كان فيها فرخ، وبالثاني إن لم يكن. وقال ابن وهب: إن لم يكن فيها فرخ صام يوماً أو أطعم مسكيناً.

قال في المدونة: وإن أفسد محرم وكر طير فلا شيء عليه، إلا أن يكون فيه بيض أو فراخ فعليه في البيض ما على المحرم في الفراخ؛ لأنه لما أفسد الوكر فقد عرض البيض والفراخ للهلاك. ومن هنا أخذ القول الثالث في كلام المصنف. وفي رواية الدَّبَّاغِ: فعليه في البيض ما على المحرم في البيض والفراخ، فجمع عليه الأمرين وهو ضعيف وفي توجيهه تكلف. **ابن يونس**: ووجهه أنه لما احتمل أن يفسد البيض قبل أن يفقس، واحتمل أن يفقس ثم يهلك لفقد العش، ولم يدر [٢١٦/ أ] كيف كان فساده وجعل عليه كلا الأمرين احتياطياً، وذكر أبو محمد في رواية أخرى: فعليه في البيض ما على المحرم في البيض، وفي الفراخ ما على المحرم في الفراخ، وهي أحسن، وانظر هل يتخرج القول الثالث الذي ذكره المصنف في البيض في الجنين؟

وَالطَّعَامُ عِدْلُ الصَّيْدِ لا عِدْلَ مِثْلِهِ مِنْ عَيْشِ ذَلِكَ الْمَكَانِ مِنْ طَعَامِ كَفَّارَةِ الْيَمِينِ، لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ...

هذا هو النوع الثاني؛ أي يقال: كم يساوي هذا مثلاً من الطعام، لا عدل مثله، وهو الشاة، خلافاً للشافعي، لنا أن الطعام جزاء عن الصيد فوجب اعتبار الطعام به.

ابن العربي في أحكامه: واختلف علماؤنا متى تعتبر القيمة؛ فقيل: يوم الإتلاف، وقيل: يوم القضاء، وقيل: يلزم المتلف أكثر القيمتين من يوم الإتلاف إلى يوم القضاء. والأول أصح.

قوله: (**مِنْ عَيْشِ ذَلِكَ الْمَكَانِ**) أي: من غالب عيش مكان الإصابة من بر أو شعير أو تمر أو غير ذلك مما يجزأ في كفارة اليمين، وهذا نحو ما قاله في المدونة. ويقوم بالحنطة، وإن قوم بشعير أو تمر أجزأ إذا كان ذلك طعام أهل ذلك الموضع، ويتصدق على المساكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم، قيل له: أيقوم الصيد بشيء من القطاني أو الزبيب أو الأقط وهو عيش ذلك الموضع؟ قال: يُجْزِئُ فيه ما يُجْزِئُ في كفارة اليمين. واختصرها أبو محمد فقال: وأما القطنية فلا. ويُجْزِئُ فيها من الحبوب ما يُجْزِئُ في كفارة

اليمين. وقال أشهب في كتابه: ولا بأس أن يخرج في تقويم الصيد وفي كفارة اليمين القطنية إذا كان هو معاشه وقوت عياله.

وَيُقَوَّمُ بِالطَّعَامِ عَلَى حَالِهِ حِينَ الإِصَابَةِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى فَرَاهَةٍ وَجَمَالٍ وَتَعْلِيمٍ ولا صِغَرٍ وَلا عَيْبٍ ...

إنما لم يعتبر شيء من هذه الصفات؛ لأن الجزاء من باب الكفارة، والكفارة لا تختلف بذلك.

وَلَوْ كَانَ بَازِيّاً مُعَلَّماً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ مُعَلَّماً لِمَالِكِهِ مَعَ الْجَزَاءِ

إنما وجب ذلك جمعاً بين حق الله تعالى وحق الآدمي، وهذا هو المشهور. وقيل: لا جزاء عليه؛ لأنه لا يغرم القيمة مرتين.

وَقِيلَ: يُنْظَرُ كَمْ يُشْبِعُ كَبِيرُهُ فَيُخْرِجُ مَا يُشْبِعُهُمْ مِنَ الطَّعَامِ، وَعَلَى الْمَشْهُورِ لَوْ قُوِّمَ الصَّيْدُ بِدَرَاهِمَ ثُمَّ قُوِّمَ بِطَعَامٍ أَجْزَأَ ...

هذا راجع إلى قوله أولاً: **(يقوم بطعام)** يعني: أنه اختلف في صفة التقويم؛ فالمشهور ما تقدم. وقال يحيى ابن عمر: ينظر كم يشبع ذلك الصيد ثم يخرج قدر ما يشبعهم طعاماً فإن كان صغيراً ينظر إلى ما يشبع كبيره؛ لأن الصغير والكبير سواء، ووجهه أن من الحيوان ما لا قيمة له كالضبع فوجب اعتبار مقداره وإلا أهدرنا دمه. وتكلم المصنف على الصغير؛ لأنه يؤخذ منه حكم الكبير.

الباجي: وبه قال ابن القاسم وسالم.

قوله: **(وَعَلَى الْمَشْهُورِ)** يعني: في اعتبار القيمة لا الشبع.

ولو قوم الصيد بدراهم ثم قومت الدراهم أجزأ. والأولى التقويم بالطعام؛ لأنه أقل عملاً فيقل فيه الخطأ. وإطلاق المصنف التقويم على الدراهم مجاز. وفي المدونة: يشتري بها طعاماً.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي التَّقْوِيمِ مَحَلُّ الإِتْلافِ، وَإِلا فَالأَقْرَبِ إِلَيْهِ، وَفِي مَكَانِهِ ثَلاثَةٌ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغَ وَمُحَمَّدٍ، حَيْثُ يُقَوَّمُ أَوْ قَرِيبٌ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقٌّ، وَيُجْزِئُ حَيْثُ شَاءَ إِنْ أَخْرَجَ عَلَى سِعْرِهِ، وَيُجْزِئُ إِنْ تَسَاوَى السِّعْرَانِ، وَفِي الْمُوَطَّأ: يُطْعِمُ حَيْثُ أَحَبَّ كَالصِّيَامِ، وَفِيهَا: قَالَ مَالِكٌ: أَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْمَدِينَةِ وَيُطْعِمُ بِمِصْرَ؛ إِنْكَاراً ...

يعني: أن الصيد تعتبر قيمته حيث أصاب الصيد إن كانت له هناك قيمة، وإن لم تكن له هناك قيمة اعتبر أقرب الأمكنة إليه كسائر المتلفات.

الباجي: ويجب أن يراعى أيضاً ذلك الوقت؛ وذلك الإبان لأن القيمة قد تختلف باختلاف الأوقات. وهذا على الظاهر من المذهب. وأما على قول يحيى فلا يراعى شيء من هذا.

قوله: (**وَفِي مَكَانِهِ**) أي: في مكان إخراج الطعام ثلاثة أقوال. وقد علمت أن قاعدة المصنف في مثل هذا أن يرد الأول من الأقوال إلى الأول من القائلين والثاني إلى الثاني والثالث إلى الثالث؛ فابن القاسم يقول: إنه يخرج حيث يُقَوَّم عليه الصيد؛ أي: حيث يحكم عليه إن كان به مستحق، فإن لم يكن فالأقرب إليه. وأصبغ يقول: يُجْزِئُ حيث شاء، بشرط أن يخرج على سعر بلد الحكم. **الباجي** بعد قول أصبغ: وقال ابن المواز: إن أصاب الصيد بمصر فأخرج الطعام بالمدينة أجزأه؛ لأن سعرها أغلى. وإن أصاب الصيد بالمدينة فأخرج الطعام بمصر لم يجزأه إلا أن يتفق سعراهما. وقال ابن حبيب: إن كان الطعام ببلد الإخراج أرخص اشترى بثمن الطعام الواجب عليه ببلد الصيد طعاماً فأخرجه، وإن كان ببلد الإخراج أغلى أخرج المكيلة الواجبة عليه، وهذا يقرب ظاهره من قول ابن المواز. انتهى.

وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، ونقل الباجي عن ابن وهب أنه يخرج قيمة الطعام الذي حكم به عليه حيث أصاب الصيد، فيشتري به طعاماً حيث يريد إخراجه، سواء كان أرخص من بلد إصابة الصيد أو أغلى.

قوله: (**وَفِي الْمُوَطَّأ: يُطْعِمُ حَيْثُ أَحَبَّ كَالصِّيَامِ**) ليس فيه بيان على أي وجه يخرج. ولذلك جعل الباجي قول أصبغ ومحمد وابن وهب مفرعاً عليه.

قوله: (**وَفيهَا: قَالَ مَالِكٌ: أَيُحْكَمُ عَلَيْهِ بِالْمَدِينَةِ وَيُطْعِمُ بِمِصْرَ؛ إِنْكَاراً**) فسره ابن القاسم في المدونة بأنه يريد: فإن فعل لم يجزأه، ثم كلام الباجي واللخمي وغيرهما يقتضي أنه مطلوب أولاً بأن يخرج بمحل [٢١٦/ب] التقويم، فإن أخرج بغيره فالخلاف، وكلام المصنف لا يؤخذ منه ذلك؛ لإيهامه أن الخلاف ابتداء، لكن قوله: (**وَيُجْزِئُ حَيْثُ شَاءَ ... وَيُجْزِئُ إِنْ تَسَاوَى السِّعْرَانِ**) بين أن كلامه إنما هو في الإجزاء. وتحصيل المسألة أنه يطلب ابتداءً أن يخرج بمحل التقويم، فإن أخرجه في غيره فمذهب المدونة عدم الإجزاء، ومذهب الموطأ الإجزاء، وعليه فثلاثة أقوال كما تقدم.

ابن عبد السلام: واختلف الشيوخ في كلام ابن المواز فمنهم من جعله تفسير للمدونة، ومنهم من جعله خلافاً، وهو الذي اعتمده المصنف.

وَالصِّيَامُ عَدْلُ الطَّعَامِ؛ لِكُلِ مُدٍّ أَوْ كَسْرِهِ يَوْمٌ، وَلا يُخْرِجُ مِثْلاً وَلا طَعَاماً وَلا صِيَاماً إِلا بِحَكَمَيْنِ عَدْلَيْنِ فَقِيهَيْنِ بِذَلِكَ دُونَ غَيْرِهِ، يُخَيِّرَانِهِ فِيمَا شَاءَ مِنْ ذَلِكَ فَيَحْكُمَانِ عَلَيْهِ بِاجْتِهَادِهِمَا لا بِمَا رُوِيَ ...

الأصل فيه الآية المتقدمة.

قوله: (**فَقِيهَيْنِ بِذَلِكَ**) أي: لا يشترط أن يكونا فقيهين على الإطلاق؛ إذ كل من ولي أمراً فإنما يشترط فيه العلم بذلك وما يطرأ عليه.

وقوله: (**دُونَ غَيْرِهِ**) أي ليس هو أحدهما لقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والإنسان لا يحكم لنفسه. وفي الموطأ أن رجلاً جاء إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فقال: إني أجريت أنا وصاحب لي فرسين نستبق إلى ثُغْرَةِ ثَنِيَّةٍ فأصبنا ظبياً ونحن محرمان فماذا ترى؟ فقال عمر لرجل إلى جنبه: تعالى حتى أحكم أنا وأنت. قال: فحكمنا عليه

بعنز، فولى الرجل وهو يقول: هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعا رجلاً يحكم معه، فسمع عمر رضي الله عنه كلام الرجل فدعاه فسأله هل تقرأ سورة المائدة؟ قال: لا. قال: هل تعرف هذا الرجل الذي حكم معي؟ فقال: لا. فقال عمر: لو أخبرتني أنك تقرأ سورة المائدة لأوجعتك ضرباً ثم قال: إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيَۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ وهذا عبد الرحمن بن عوف.

قوله: (**يُخَيِّرَانِهِ فِيمَا شَاءَ مِنْ ذَلِكَ**) أي: من الثلاثة؛ لأن الله سبحانه خيره، فإذا اختار شيئاً من ذلك حكما عليه باجتهادهما لا بما روي عن السلف، ثم لا يخرجان باجتهادهما عن جميع ما روي؛ أي: إذا اختلفت الصحابة في شيء فلا يخرج عن جماعتهم، قاله مالك، أما ما اتفق عليه الجميع أو روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز له العدول عنه، وليس له أن يختار بعض الكفارة ويصوم عن بعضها، قاله في المدونة. وإنما وجب في كسر المد يوم كامل؛ لأنه لا سبيل إلى الغاية ولا إلى تبعيض الصوم.

فَإِنِ اخْتَلَفَا ابْتَدَأَ غَيْرُهُمَا فَإِنْ أَخْطَأَ خَطَأً بَيِّناً نُقِضَ، وَيَصُومُ حَيْثُ شَاءَ، وَالأَوْلَى أَنْ يَكُونَا فِي مَجْلِسٍ ...

لأنهما إذا اختلفا لم يحصل حكمان.

قال في الموازية: وليس له أن يأخذ بقول أرفقهما. **اللخمي**: وجعله بمنزلة من أخرج بقول واحد. ويجوز إذا ابتدأ غيرهما أن يكون أحدهما أحد الأولين. وصورة الخطأ البين كما قال في المدونة أن يحكما في شيء فيه بدنة بشاة أو بالعكس.

ونقض هنا كما ينقض حكم الحاكم إذا خالفا النص أو الإجماع أو القواعد أو القياس الجلي. ونص ابن عبد الحكم على أنهما لو حكما بما روي عن عمر رضي الله عنه أن في الغزال عنزاً وفي الأرنب عناقاً، وفي اليربوع جفرة - لم ينقض. قال: ولا أقول في شيء قضى به عمر رضي الله عنه - يرد.

اللخمي: وقال مالك في غير موضع: إن قضى قاض بمختلف فيه مضى ولم يرد وإن خالف رأيه.

قوله: (**وَيَصُومُ حَيْثُ شَاءَ**) ظاهر. والأولى التعجيل لبراءة الذمة.

قوله: (**وَالأَوْلَى أَنْ يَكُونَا فِي مَجْلِسٍ**) أي ليطلع كل واحد منهما على حكم صاحبه، وهكذا قال ابن المواز.

وَفِيهَا: وَلَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بَعْدَ ذَلِكَ - وَثَالِثُهَا: مَا لَمْ يَلْتَزِمْ

يعني: أنه نص في المدونة على أنه إذا اختار خصلة من الثلاثة فله أن ينتقل بعد ذلك إلى غيرها؛ لأنه ليس كحكم الحاكم، ألا ترى إلى تخيير الله له ابتداءً، وأبقى الأكثر المدونة على إطلاقها. وحكى ابن شعبان عن مالك أنه ليس له ذلك، ويلزمه ما حكما به عليه، كما لو حكم عليه قاض في حق من الحقوق. وحمل ابن الكاتب المدونة على أنه ألزم نفسه ذلك قبل أن يعرف ما هو، ولو عرف مبلغ ذلك فالتزمه لم يكن له أن يعدل إلى غيره.

ابن محرز: وهو الصواب كالمكفر عن يمينه إذا التزم الكفارة بأحد الأجناس الثلاثة فإنه يلزمه أن يكفر به، ولا يكون له أن يعدل إلى غيره، ولا ينبغي عده ثالثاً؛ لأنه راجع إلى تحقيق فهم المدونة.

وَفِدْيَةُ الأَذَى عَلَى التَّخْيِيرِ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ حَيْثُ شَاءَ مِنْ مَكَّةَ وَغَيْرِهَا فِي الثَّلاثَةِ، وَالنُّسُكُ شَاةٌ فَأَعْلَى، وَالطَّعَامُ سِتَّةُ مَسَاكِينَ مُدَّيْنِ مُدَّيْنِ مِنْ طَعَامِ الْيَمِينِ، وَالصِّيَامُ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ، وَفِي إِبَاحَةِ أَيَّامِ مِنًى قَوْلانِ، وَلا يُجْزِئُ الْغَدَاءُ وَالْعَشَاءُ مَا لَمْ يَبْلُغْ مُدَّيْنِ مُدَّيْنِ ...

لقوله تعالى: ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ﴾.

والمذهب أنه يفعلها حيث شاء. **اللخمي**: وحمل مالك هذه الخصال على التراخي، وعلى القول أن الأوامر للفورعليه أن يأتي بها بمكة. ومذهب الحنفي والشافعي أن النسك لا يكون إلا بمكة، وإليه ذهب ابن الجهم، وخالف فيه مالكاً وأصحابه.

قوله: **(مِنْ طَعَامِ الْيَمِينِ)** يعني أنه [٢١٧/ أ] يُخْرِجُ مُدَّين من الجميع، هذا مذهب المدونة. وفي الموازية: إذا اختار الإطعام فأطعم الذرة نظر مجراه من مجرى القمح، فيزيد من الذرة بمثل ذلك. قال في المختصر: وكذلك الشعير. وفرق بعض القرويين بين فدية الأذى والظهار، في أنه يخرج هنا من الشعير وغيره مُدَّين كالبر على المشهور، وفي الظهار يخرج من الشعير وغيره عدل البر، بأن الفدية منصوص على مقدارها بالسنة، والظهار ليس في مقداره نص، وإنما قيل فيه بمد هشام اجتهاداً.

قوله: **(وَفِي إِبَاحَةِ أَيَّامِ مِنًى قَوْلانِ)** مذهب المدونة الجواز قياساً على التمتع بجامع التعلق بالنسك. والكراهة في كتاب محمد لأنها لم تقيد بالحج كالهدي.

قوله: **(وَلا يُجْزِئُ الْغَدَاءُ وَالْعَشَاءُ)** لأنهما لا يبلغان المدين، بخلاف اليمين بالله؛ لأن الواجب في اليمين مد، وهما أكثر منه.

قوله: **(مَا لَمْ يَبْلُغْ مُدَّيْنِ)** ذكره في النوادر عن أشهب، وحمله المصنف وغيره على الوفاق، قال في النوادر: وإذا افتدى لشيء قبل أن يفعله ثم فعله لم يجزه.

وَمَا خَرَجَ عَنْ هَذَيْنِ فَعَلَى التَّرْتِيبِ هَدْيٌ ثُمَّ صِيَامٌ لا طَعَامٌ

يعني: وما خرج عن جزاء الصيد وفدية الأذى، وهو ما وجب لنقص في حج أو عمرة كتعدي الميقات وترك الجمار والمبيت ليلة من ليالي منى أو طواف القدوم وغير ذلك.

وَالأَوْلَى الإِبِلُ ثُمَّ الْبَقَرُ ثُمَّ الْغَنَمُ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ عَشَرَةَ أَيَّامٍ

لأن المقصود هنا كثرة اللحم، بخلاف الأضحية، فإن المقصود فيها طيب اللحم؛ لإدخال المسرة على الأهل. ودليلنا في المحلين أن أكثر هداياه صلى الله عليه وسلم الإبل، وضحى بكبشين.

قوله: (**فَمَنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ**) لقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِى ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ﴾ وهذا وإن كان في المتعة فقد ألحق به العلماء كل نقص.

فَإِنْ كَانَ عَنْ نَقْصٍ مُتَقَدِّمٍ عَلَى الْوُقُوفِ كَالتَّمَتُّعِ وَالْقِرَانِ وَالْفَسَادِ وَالْفَوَاتِ وَلِتَعَدِّي الْمِيقَاتَ صَامَ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ مِنْ حِينِ يُحْرِمُ بِالْحَجِّ إِلَى يَوْمِ النَّحْرِ فَإِنْ أَخَّرَهَا إِلَيْهِ فَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ وَقِيلَ: مَا بَعْدَهَا، وَصَامَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ إِذَا رَجَعَ مِنْ مِنًى إِلَى مَكَّةَ، وَقِيلَ: إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ، فَإِنْ أَخَّرَهَا صَامَ مَتَى شَاءَ، وَالتَّتَابُعُ فِي كُلٍّ مِنْهَا لَيْسَ بِلازِمٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ كَانَ عَنْ نَقْصٍ بَعْدَ الْوُقُوفِ كَتَرْكِ مُزْدَلِفَةَ أَوْ رَمْيٍ أَوْ حَلْقٍ أَوْ مَبِيتٍ بِمِنًى أَوْ وَطْءٍ قَبْلَ الإِفَاضَةِ أَوِ الْحَلْقِ صَامَ مَتَى شَاءَ ....

يعني: أن موجب الهدي لا يخلو إما أن يكون سابقاً على وقوف عرفة أم لا؟ فإن كان سابقاً كالأمثلة التي ذكرها المصنف صام ثلاثة أيام في الحج من حين يحرم بالحج إلى يوم النحر؛ أي: ما بين إحرامه ويوم العيد وقت موسع له، فإن أخرها إلى يوم النحر صام أيام التشريق وهي الثلاثة التي تلي يوم النحر. وقيل: لا يصوم الثلاثة؛ للنهي عن صيامها، وإنما يصوم ما بعدها. ومثله نقل ابن بشير وابن شاس. ولم يحك اللخمي إلا أنه يصومها، وذكر الخلاف في القسم الثاني، وهو أن يكون عن نقص متأخر عن الوقوف فقال: اختلف قول مالك إذا دخل عليه الدم بأمر بعد الوقوف، فرأى مرة أنه يصوم أيام التشريق كالمتمتع، ورأى مرة أنه لا يصومها وأن الرخصة لمن وجب عليه الدم. قيل: ولم يحك ابن بشير وابن شاس في هذا خلافاً.

ابن هارون: والصواب ما ذكره اللخمي أن الخلاف في القسم الثاني دون الأول. وحكى في البيان أن الخلاف مطلقاً - وبه تصح الطريقتان - فقال: اختلف فيمن يجب عليه صيام ثلاثة أيام في الحج إذا لم يجد هدياً ممن لا يجب عليه صيامها في الحج على أربعة أقوال:

أحدها: أن الذي يجب عليه ذلك المتمتع والقارن خاصة، وهو قول أصبغ، قال: ولا يجب الصيام في الحج على غيرهما ممن أفسد حجه أو فاته الحج وشبههم إلا استحساناً لا إيجاباً.

والثاني: أن الذي يجب عليه ذلك المتمتع والقارن والمفسد لحجه والذي فاته الحج، هؤلاء الأربعة لا غير، وهو قول ابن القاسم في العشرة.

والثالث: أن ذلك يجب على هؤلاء الأربعة وعلى كل من وجب عليه الهدي لشيء تركه من أمر الحج من يوم إحرامه إلى حين وقوفه بعرفة.

والرابع: أن ذلك يجب على هؤلاء الأربعة وعلى كل من ترك من أمر الحج ما يوجب الدم، كان ذلك قبل الوقوف بعرفة أو بعد الوقوف بعرفة من ترك النزول بالمزدلفة، وهذان القولان الثالث والرابع قائمان من المدونة، وفائدة هذا الاختلاف هل لمن فاته الصوم من حين أحرم إلى يوم عرفة أن يصوم أيام التشريق أم لا؟ فمن أوجب عليه أن يصومها في الحج أوجب عليه أن يصومها في أيام التشريق إذا لم يصمها قبل ذلك؛ لأنها من أيام الحج. ومن لم يوجب عليه أن يصومها في الحج لم يجز أن يصومها في أيام التشريق للنهي عن صيامها على مذهبه، فإن وجب عليه الهدي على القول الرابع من ترك الرمي في اليوم الأول أو الثاني من أيام التشريق صام بقية أيام التشريق. انتهى.

قوله: (**والقولان قائمان من مذهب المدونة**) لأن فيها موضعين، **أحدهما** قوله: وكل هدي وجب على من تعدى ميقاته أو تمتع أو قرن أو أفسد حجه أو فاته الحج أو ترك الرمي أو النزول بالمزدلفة، فإنه إن لم يجد هدياً صام ثلاثة أيام في الحج فعمم. **والموضع الثاني** قوله: وإنما

يصوم الثلاثة [٢١٧/ ب] الأيام في الحج المتمتع والقارن ومن تعدى الميقات أو أفسد حجه. وأما من يلزمه ذلك لترك جمرة أو لترك نزول مزدلفة، فليصم متى شاء.

وقوله: (**وَصَامَ سَبْعَةَ أَيَّامٍ إِذَا رَجَعَ... إلخ**) يعني: أن المراد بالرجوع في قوله تعالى: ﴿ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ﴾ الرجوع من منى إلى مكة، سواء أقام بمكة أم لا، كذا فسره مالك في المدونة وهو المشهور من المذهب. وقال في الموازية: إذا رجع إلى أهله إلا أن يقيم بمكة.

اللخمي: وهو أبين وليس المراد أن يصوم في الطريق؛ لأنه في سفر، وقد أباح الله تعالى للمسافر فطر رمضان، وهو فرض معين عظيم الحرمة انتهى. وقال ابن عبد السلام: المشهور أظهر؛ لأن المذكور في الآية الحج لا السفر. فالرجوع إنما هو إذا رجع من الحج لا من السفر.

قوله: (**فَإِنْ أَخَّرَهَا صَامَ مَتَى شَاءَ**) نحوه لمالك.

قوله: (**وَالتَّتَابُعُ فِي كُلٍّ مِنْهَا**) أي: من الثلاثة والسبعة ليس بلازم، بل هو مستحب على المشهور خلافاً لابن حارث. وفي بعض النسخ: (**والتتابع في كل منهما**) وهي أحسن؛ لأن المتقدم الثلاثة والسبعة.

قوله: (**وَإِنْ كَانَ عَنْ نَقْصٍ بَعْدَ الْوُقُوفِ .. صَامَ مَتَى شَاءَ**) وهو القسم الثاني.

قوله: (**صَامَ مَتَى شَاءَ**) أي: ولا يصوم أيام التشريق. **ابن عبد السلام**: وفي معنى ما وجب بعد الوقوف ما وجب يوم عرفة.

فرعان:

الأول: إن صام السبعة قبل وقوفه بعرفة، فقال اللخمي: الظاهر من المذهب نفي الإجزاء، وأرى الإجزاء؛ لأن التأخير توسعة. انتهى. ونقل ابن عبد السلام عن ابن وهب وابن حبيب التفريق بين الثلاثة والسبعة رخصة، ولمن شاء أن يصوم جميع العشرة في الحج. وصرح بأن قولهما خلاف مذهب الأكثرين.

الثاني: الترتيب بين الثلاثة والسبعة مطلوب، فقد قال مالك: إن نسي الثلاثة حتى صام السبعة، فإن وجد هدياً فأحب إلي أن يهدي وإلا صام. **التونسي**: فإن قيل: لم لا يترك منها ثلاثة يجتزيء الصائم بها؟ قيل: لأنه أوقعها في موضع يصلح أن يكون للسبعة؛ لأن السبعة إنما تكون إذا رجع من منى، وإذا رجع إلى بلده على أحد التأويلين، فكأنه أوقعها في غير موضعها، ولأنه لو وجد الهدي بعد صيامها لأهدى، فلو كان يجتزيء بثلاثة منها ما أمره أن يرجع إلى الهدي؛ لأنه يقول: لو صام يوماً واحداً ثم وجد الهدي لكان مخيراً، فكيف بعد صيام ثلاثة أيام؟! **الباجي**: وقول مالك هذا يقتضي أن الترتيب بينهما إما واجب وإما مستحب. وقال أصبغ فيمن نسى الثلاثة حتى صام السبعة: يعيد حتى تحصل السبعة بعد الثلاثة.

ابن يونس: لعله يريد أنه يعيد صوم سبعة أيام ويحتسب من السبعة بثلاثة، كمن قدم السورة على أم القرآن، وكمن أطعم في كفارة الصوم ثلاثين مسكيناً مُدَّين مُدَّين فإنه يجزئه أن يطعم غيرهم مداً مداً ويحتسب بمد مد مما أطعم الأولين انتهى.

ابن عبد السلام: وهو كلام حسن؛ لأن حقيقة الصوم في الثلاثة والسبعة واحدة، وإنما يفترقان بالكثرة والقلة.

خليل: وعلى تفسير ابن يونس يكون قول أصبغ مخالفاً لقول مالك لاعتداده بالثلاثة المتقدمة.

وَكَذَلِكَ صِيَامُ هَدْيِ الْعُمْرَةِ، وَكَذَلِكَ مَنْ مَشَى فِي نَذْرٍ إِلَى مَكَّةَ فَعَجَزَ

الإشارة بذلك عائدة إلى النقص المتأخر عن الوقوف؛ يعني: وكذلك إذا وجب لنقص في العمرة فإنه يصوم متى شاء. ويستحب تتابعه، وكذلك من مشى في نذر فعجز وركب في بعض الطريق فإنه يرجع مرة ثانية ليمشي أماكن ركوبه على ما سيأتي، ويلزمه هدي لتفريق المشي، وإن لم يجد صام أي متى شاء؛ لأن الصوم مرتب على ما هو كأجنبي عن الحج والعمرة، وهو المشي والله أعلم.

وَمَنْ أَيْسَرَ قَبْلَ أَنْ يَصُومَ أَوْ وَجَدَ مُسَلِّفاً وَهُوَ مَلِيءٌ بِبَلَدِهِ لَمْ يُجْزِهِ الصَّوْمُ

لم يجزأه الصوم إذا أيسر قبل أن يصوم؛ لأن الله سبحانه إنها شرعه لغير الواجد، لقوله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ﴾ وإذا وجد مسلفاً وهو ملي ببلده، فلا عذر له في ترك السلف. **ابن المواز:** فإن لم يجد من يسلفه فليصم ثلاثة أيام في الحج ولا يؤخر الصيام ليهدي ببلده، فإن صام أجزأه. **فإن قيل:** وَلِمَ لا يؤخرها كما لو حنث في يمين فإنه لا يصوم إذا كان غنياً ببلده؟ **قيل:** لأن وجوب الكفارة على التراخي ووجوب الهدي ليس كذلك، ألا ترى أن القادر عليه في الحال لا يؤخره بخلاف الكفارة، ولا يؤخذ من هذه المسئلة - وهي مسألة المدونة - جواز السلف على أن يقبض ببلد آخر؛ لأن هذه لم يشترط فيها ذلك، والمنع إنها هو للشرط، وهَبْهُ مفهوماً من قرينة الحال، لكن عقود المعروف يفتقر فيها مثل ذلك، قاله ابن عبد السلام.

فَلَوْ شَرَعَ قَبْلَهُ أَجْزَأَهُ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُهْدَى إِنْ كَانَ بَعْدَ يَوْمَيْنِ

أي: فلو شرع قبل اليسر ثم أيسر، وفي معناه حصول السلف أجزأه الصيام، ولم يلزمه الهدي؛ لأنه دخل فيه بوجه جائز، ويستحب له أن يهدي إن كان بعد يومين؛ ليرجع إلى الاصل، وما ذكره المصنف هو في المدونة كذلك، وحدد باليومين؛ لأن الثلاثة جمع فهو كثير، ولأن الله تعالى جعلها أحد قسمي العشرة فكانت كالنصف. **فإن قيل:** يلزم عليه أن يستحب قطع الصلاة إذا طرأ عليه الماء بعد أن دخل فيها بالتيمم. **فالجواب:** أن المصلي لو أمرناه بالانتقال إلى الأصل لزم إبطال ما مضى [٢١٨/ أ] من صلاته، بخلاف الصوم، فإنه يحصل له أجر اليومين المتقدمين. وروى ابن عبد الحكم عن مالك في مسألة الهدي أنه مخير إذا دخل في الصوم بين التمادي عليه وبين القطع.

وَلَوْ مَاتَ الْمُتَمَتِّعُ بَعْدَ رَمْيِ جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ فَالْهَدْيُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: إِنْ شَاءَ الْوَرَثَةُ. وَلا يَصُومُ عَنْهُ أَحَدٌ. وَأَمَّا قَبْلَهَا فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

أي: المتمتع إذا مات قبل استيفاء الحج، فإن مات بعد رمي جمرة العقبة، فقال ابن القاسم: يجب عليه الهدي من رأس ماله لحصول أكثر أفعال الحج مع حصول أحد التحللين. وقال سحنون: لا يلزم ذلك الورثة من ثلث ولا من رأس مال بل إن شاءوا، ألا ترى أن المالك تجب عليه الزكاة وقد عرف ذلك ثم يموت ولم يفرط في إخراجها - أنه إن أوصى بها كانت من رأس المال، فإن لم يوص بها لم تكن في ثلث ولا في رأس مال، إلا أن يشاء الورثة ذلك. وفرق في البيان بأن الهدي لو أهدي لم يخف؛ إذ من شأنه أن يُقَلَّدَ ويُشْعَرَ ويُسَاقَ من الحل إلى الحرم، وليس ذلك مما يفعل سراً كالزكاة. قال: فتفرقة ابن القاسم أظهر من مساواة سحنون؛ ألا ترى أنهم لا يختلفون في وجوب إخراج الزكاة من الزرع الذي يموت عنه صاحبه وقد بدا صلاحه، وإن لم يوص بإخراج الزكاة للعلم بأن صاحبه لم يؤد زكاته. وأشهب يرى إخراج زكاة المال الناض على الورثة واجباً، وإن لم يوص الميت بإخراجها إذا مات عند وجوبها ولم يفرض. انتهى.

ولا يصوم عن الميت أحد إذا مات معسراً؛ لأنه لا يقبل النيابة عندنا. وإن مات قبل رمي جمرة العقبة؛ أي: وبعد الوقوف، فلا يلزمه على المشهور. ولا يقال: الشاذ هو الجاري على قول ابن القاسم؛ لأن المعتبر إن كان جميع الأركان فلا بد من طواف الإفاضة، فلا يلزم من الوجه الأول شيء، وإن كان المعتبر جل الأركان فيجب فيهما، ولا وجه لاعتبار جمرة العقبة؛ إذ ليست من الأركان؛ لأنا نمنع قوله لا وجه لاعتبارها؛ لأنه قبلها لم يحصل له شيء من التحللين وحينئذ تكون العلة عند ابن القاسم مركبة من معظم الأركان وحصول أحد التحللين والله أعلم.

وَلا يُلَفَّقُ الوَاجِبُ مِنْ صِنْفَيْنِ

الواجب هدي التمتع وفدية الأذى وجزاء الصيد، فلا يصح نصف الإطعام ونصف الصيام. وينبغي على قول ابن القاسم بتلفيق كفارة اليمين بالله تعالى، أن يلفق هنا، قاله ابن عبد السلام.

وَلا تُعْطَى قِيمَةٌ

قوله: (**وَلا تُعْطَى قِيمَةٌ**) نقل بعضهم الاتفاق على عدم الإجزاء، ولا يأتي القول بالإجزاء في الزكاة؛ لأن المقصود هنا إراقة الدماء.

مالك: ومن لم يجد هدياً فتصدق بثمنه فلا يجزئه.

وَلا يُجْزِئُ نَحْرَ هَدْيٍ إِلا نَهَاراً بَعْدَ الْفَجْرِ فِي أَيَّامِ النَّحْرِ بِمِنًى، وَلَوْ قَبْلَ الإِمَامِ وَقَبْلَ الشَّمْسِ بِخِلافِ الأُضْحِيَّةِ ...

قال صاحب الإكمال وغيره: لا يصح عندنا النحر بمني إلا بثلاثة شروط متى انخرم منها شرط لم يصح النحر بها:

أولها: أن يكون الهدي قد وقف به بعرفة. **الثاني**: أن يكون النحر في أيام منى. **الثالث**: أن يكون النحر في حجة لا في عمرة، قال: ولا يجوز النحر إذا اجتمعت هذه الشروط بمكة ولا بغيرها.

قوله: (**نَهَاراً بَعْدَ الْفَجْرِ**) أي: فلا يجزئ ليلاً على المشهور.

قوله: (**وَلَوْ قَبْلَ الإِمَامِ وَقَبْلَ الشَّمْسِ بِخِلافِ الأُضْحِيَّةِ**) ظاهر؛ لأن الإمام في العيد لَمَّا كان يصلي بالناس ناسب أن يتوقف الذبح على ذبحه، بخلاف الحج إذ لا صلاة عيد عليهم.

وَمَكَانُهَا بمِنًى بَعْدَ أَنْ يُوقَفَ بعَرَفَةَ لَيْلاً عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا

كون منى محل للنحر متفق عليه لفعله عليه الصلاة والسلام.

قوله: (**بمِنًى**) لأن المراد بقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴾، وقوله تعالى: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾: منى. واتفق العلماء على عدم إرادة البيت، والمسجد الحرام.

قوله: (**فِيهِمَا**) **ابن عبد السلام**: أي: في اشتراط الوقوف وأخذ جزء من الليل. وأجاز ابن الماجشون نحر الهدي وإن لم يوقف به بعرفة. **ابن هارون**: وأما اشتراط كون الوقوف بالهدي ليلاً فلا أعلم فيها خلافاً؛ لأن كل من اشترط الوقوف بعرفة جعل حكمه حكم ربه، فيما يجزئه من الوقوف. وعلى هذا يشكل قوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا**) لأن ظاهره الخلاف في الأمرين، في شرطية الوقوف، وفي كونه ليلاً. ويحتمل أن يكون إشارة في اختصاص النحر بمنى في تلك الأيام، وفي شرطية الوقوف، وهو أشبه؛ لوجود الخلاف فيهما، فقد قال مالك: إذا نحر بمكة في أيام منى لا يجزئه. وقال في المدونة: يجزئه ذلك وإن فعله عمداً. انتهى.

واعلم أن منى كلها منحر، وأفضل ذلك عند الجمرة الأولى، رواه ابن المواز عن مالك.

ولا يجوز النحر بعد جمرة العقبة مما يلي مكة؛ لأنه ليس من منى.

وَإِنْ بَاتَ فِي الْمَشْعَرِ فَحَسَنٌ. وَسُئِلَ عَنْ إِخْرَاجِهَا يَوْمَ التَّرْوِيَةِ إِلَى مِنًى فَقَالَ: لَمْ أَسْمَعْهُ مِنْ مَالِكٍ ...

أي: إن بات بهديه في المشعر فحسن. والضمير في (**سُئِلَ**) عائد على ابن القاسم وفي الذخيرة: فيستحب له أن يوقفه المواقف التابعة لعرفات.

فَلَوْ فَاتَ وَقْفُهَا بِعَرَفَةَ أَوْ فَاتَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ بِمِنًى تَعَيَّنَتْ مَكَّةُ أَوْ مَا يَلِيهَا مِنَ الْبُيُوتِ، وَالأَفْضَلُ الْمَرْوَةُ، وَأَجْزَأَ الْوَاجِبُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَرَجَعَ عَنْهُ. وَثَالِثُهَا: يُجْزِئُ فِي الوَاجِبُ إِنْ فَاتَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ ...

أي: ولو فات وقف الهدايا بعرفة؛ يريد: ولولم تفت أيام منى، (**أَوْ فَاتَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ بِمِنًى**) يريد ولو [٢١٨/ ب] وقف بها بعرفة.

(**تَعَيَّنَتْ مَكَّةُ أَوْ مَا يَلِيهَا مِنَ الْبُيُوتِ**) لأن الأصل في الذبح إنما هو مكة لقوله تعالى: ﴿ هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ ﴾ واستثنى بالسنة ما وقف به بعرفة. والأفضل المروة لما في الموطأ وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بمنى: «**هذا المنحر وكل منى منحر**». وقال في العمرة: «**هذا المنحر**» يعني المروة «**وكل فجاج مكة وطرقها منحر**». ابن يونس: قال مالك في الموازية: وكل ما محله من الهدي مكة فلم يقدر أن يبلغ به داخل بيوت مكة ونحره في الحرم لم يجزأه، وإنما محله مكة وما يليها من بيوت الناس. انتهى. وهذا معنى قوله: (**مَكَّةُ أَوْ مَا يَلِيهَا مِنَ الْبُيُوتِ**) قال مالك في العتبية: ولا يجوز أن ينحره عند ثنية المدنيين وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم هديه عند الحديبية في الحرم، فأخبر الله تعالى أن ذلك الهدي لم يبلغ محله. قال في البيان: ومعنى نحر الرسول صلى الله عليه وسلم هديه بالحديبية في الحرم نحر هديه في الحرم إذ كان بالحديبية؛ لأن الحديبية في الحل، لكنه لم يكن صلى الله عليه وسلم ممنوعاً من دخول الحرم، فبعث هديه من الحديبية إلى الحرم فنحر به، فصح لمالك بذلك الحجة لما ذهب إليه من أن محل الهدي من الحرم مكة القرية نفسها لا جميع الحرم، لإخبار الله تعالى أنه لم يبلغ محله، بقوله تعالى: ﴿ **وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ** ﴾. وقد ساق في النوادر هذه الرواية على وجه فاسد على ما تأوله، فقال: روى أشهب عن مالك في العتبية أن الحديبية في الحرم. قال ابن القاسم: ولا يُجْزِئُ النحر بذي طوى بل حتى يدخل مكة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**وكل فجاج مكة وطرقها**

منحر». **أبو الحسن وغيره**: والفجاج والطرق مترادفان. قال في الإكمال: واختلف عندنا فيما خرج عن بيوتها من فجاجها؛ أي: هل يُجْزِئُ النحر بذلك أم لا؟

قوله: (**وَأَجْزَأَ الْوَاجِبُ عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: في الوجهين؛ لأن مكة هي المنحر الأصلي، ولأن المكان ليس مقصوداً لذاته.

(**وَرَجَعَ عَنْهُ**) أي: ورجع مالك عن الإجزاء. والمشهور ومقابله لمالك. قال في التهذيب: ومن ضل هديه الواجب بعدما أوقفه بعرفة فوجده بعد أيام منى فلينحره بمكة. قال لي مالك مرة: لا يجزئه، وبه أقول. انتهى. فهذه هي الصورة الثانية من كلام المصنف. وفي مختصر ابن أبي زيد فيمن ضل هديه قبل أن يقف به بعرفة ثم وجده بمنى فقال: اختلف فيه قول مالك، فقال مرة: لا يجزئه وينحره ويهدي غيره. وقال مرة يجزئه نحره بمكة. وظاهر قول المصنف: (**وَرَجَعَ عَنْهُ**) أن الرجوع في المسألتين، وإنما الرجوع في الوجه الثاني.

قوله: (**وَثَالِثُهَا**) أي: في المسألة قول ثالث لأشهب بالتفصيل؛ إن فاتت أيام النحر أجزأه نحره بمكة، وإن فات وقفه بعرفة لم يجزأه.

وَمَا فَاتَ وُقُفُهَا بِعَرَفَةَ أَخْرَجَ إِلَى الْحِلِّ مُطْلَقاً

هذا ظاهر؛ لأن كل هدي لابد فيه من الجمع بين الحل والحرم.

قوله: (**مُطْلَقاً**) أي من أي جهة كانت.

وَمَا جَدَّدَهُ بَعْدَهَا إِنْ كَانَ أَدْخَلَهُ مِنَ الْحِلِّ أَجْزَأَهُ، وَإِلا أَخْرَجَهُ ثُمَّ يَدْخُلُ بِهِ وَإِنْ كَانَ حَلالاً فَإِنْ جَدَّدَهُ بَعْدَهَا غَيْرَ وَاجِبٍ فَلَهُ نَحْرُهُ بِغَيْرِ إِخْرَاجٍ ...

أي: أن ما أوجبه المحرم بعد عرفة فإن أدخله من الحل أجزأه؛ لحصول الجمع، وإن لم يدخله من الحل فلابد من الخروج به؛ ليحصل الجمع.

قوله: (**وَلَوْ كَانَ حَلالاً**) يحتمل ولو كان الفاعل حلالاً كما لو قتل بعد الإحلال صيداً في الحرم، ويحتمل ولو كان المبعوث معه الهدي حلالاً وتكون فائدته أنه لا يشترط في المبعوث معه أن يكون حراماً.

قوله: (**فَإِنْ جَدَّدَهُ بَعْدَهَا غَيْرَ وَاجِبٍ**) أي: كما لو قصد أن ينحره للمساكين، وليس المراد هدياً غير واجب؛ لأن الهدي مطلقاً - واجباً أو تطوعاً - لابد فيه من الجمع بين الحل والحرم. قال في المدونة: ومن اشترى شاة يوم النحر أو بقرة أو بعيراً ولم يوقفه بعرفة ولم يخرجه إلى الحل فينوي به الهدي، وإنما أراد أن يضحي بذلك فليذبحها ضحوة وليست أضحية؛ لأن أهل منى ليس عليهم أضاحي، وكل شيء في الحج فهو هدي. **ابن يونس**: ولا هو هدي؛ لأنه لم ينو به الهدي ولا جمع له بين حل وحرم كالهدايا. **التونسي**: لأنه لما أراد التقرب بها ولم يرد أن تكون شاة لحم - أمر أن يتبع بها سنة الأضاحي مع كونها ليست بأضحية، وإلا فشاة لحم تذبح في كل وقت، وهذا كله يبين لك أن مراد المصنف بقوله: (**نَحْرُهُ بِغَيْرِ إِخْرَاجٍ**) ما ذكرناه.

وَلا يُجْزِئُ مَا أَوْقَفَهُ غَيْرُكَ إِلا مَا تُسَيِّرُهُ هَدْيَاً أَوْ يَضِلُّ مُقَلَّداً فَيَقِفُهُ غَيْرُكَ ثُمَّ تَجِدُهُ يَوْمَ النَّحْرِ كَمَا لَوْ نَحَرَهُ قَبْلَ أَنْ تَجِدَهُ فِيهِمَا ...

لأن الوقوف به عبادة، وهي لا يكتفى فيها بفعل الغير. وشمل قوله: (**غيرك**) التجار ونحوهم. ولو كان إيقاف التجار صحيحاً لما أجاز لهم البيع.

قوله: (**إِلا مَا تُسَيِّرُهُ**) ظاهر.

قوله: (**أَوْ يَضِلُّ مُقَلَّداً... إلخ**). نحوه في المدونة. **ابن يونس**: ولو وقفه الأجنبي عن نفسه. وتأولها غيره على أن الأجنبي لما وقف بالهدي الضال نوى به صاحبه وإلا لم يجزأه.

قوله: (**كَمَا لَوْ نَحَرَهُ قَبْلَ أَنْ تَجِدَهُ فِيهِمَا**) أي: في المسير والضال بعد الوقوف فإنه لا يجزئه. قال جماعة: ومن وجد بدنة ضالة في أيام منى لم ينحرها إلا في اليوم الثالث؛ إذ لعل ربها أن يأتي. فإذا خيف خروج أيام النحر نحرها عن ربها وأجزأته؛ لأنها

[٢١٩/ أ] بالتقليد وجبت. **اللخمي**: وإن عجل النحر في أول يوم أجزأه وإن وجده بعد أيام منى لم يعجل بالنحر إلا أن يخشى ضيعته أو سوء حفظه فينحره بمكة، وإن نحره عن نفسه عمداً أو خَطَأً فثالثها المشهور يُجْزِئُ في الخطأ كما تقدم. ومذهب ابن القاسم الإجزاء هنا بخلاف الضحايا، وخالفه أشهب في الهدي مع قوله في الضحايا: إن صاحب الأضحية إن ضَمَّنَ ذابحها قيمتها أنها تجزئ عن الذابح، وصوبه ابن المواز وجعل ذلك بمنزلة من اشترى شاة للأضحية ثم ذبحها فاستحقها رجل بعد الذبح وأجاز البيع أنها تجزئ عن الذابح. **التونسي**: وهذا بين؛ لأن المشتري كان ضامناً، والمستحق إنما يجيز البيع الذي كان قبل الذبح. قال في المدونة: ومن أوقف هديه بعرفة ثم ضل عنه فوجده رجل فنحره بمنى أجزأه. **ابن يونس**: قال يحيى: هذا إذا أوقفه ثم ضل منه بعد غروب الشمس، وأما إن ضل منه قبل غروب الشمس ثم وجده بمنى فنحره بها لم يجزأه.

فرع:

قال في الذخيرة: وفي الكتاب: إذا بعث بهدي تطوع مع رجل حرام، ثم خرج بعده حاجاً، فإن أدرك هديه لم ينحره حتى يحل، وإن لم يدركه فلا شيء عليه. وإن كان هذا الهدي قد ارتبط بإحرام الأول، فإن ذلك الحكم ينقطع كما لو أحصر الرسول وأمكن ربه الوصول، ولأن الأصل أقوى من الفرع، والموكل متمكن من نزع الوكيل.

سند: فلو كان الرسول دخل بحج، ثم دخل ربه بعمرة، قال في الموازية: يؤخره حتى ينحره في الحج؛ لأن النحر في الحج أفضل من العمرة لجعل الشارع له زماناً معيناً، وما اعتنى الشرع به يكون أفضل. وإن سيق الهدي في عمرة ودخل ربه بعمرة فأراد تأخيره حتى يحج من عامه، فقال مالك: لا يؤخره؛ لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَحۡلِقُواْ رُءُوسَكُمۡ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡهَدۡيُ مَحِلَّهُۥ ﴾.

وَأَمَّا مَنِ اعْتَمَرَ وَسَاقَ هَدْياً مِنْ نَذْرٍ أَوْ تَطَوُّعٍ أَوْ جَزَاءٍ فَإِنَّهُ يَنْحَرُهُ بَعْدَ السَّعْيِ ثُمَّ يَحْلِقُ

نَزَّلُوا السعي في العمرة منزلة الوقوف في الحج.

قوله: (**ثُمَّ يَحْلِقُ**) أي: أن الحلق في العمرة يكون بعد الذبح كالحج؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ** ﴾.

قوله: (**يَنْحَرُهُ بَعْدَ السَّعْيِ**) أي: بمكة، وكذا قال في المدونة.

عياض: وإن نحره بمنًى أجزأه عند مالك. انتهى. وعنه: إن ساقه الرجل لعمرته فنحره بمنًى فلا يجزئه وإن أوقفه بعرفة. قال: وجزاء الصيد إذا ساقه معه في عمرته فلا ينحره إلا بمكة لا بمنى.

فَإِنْ أَخَّرَهُ لِخَوْفِ فَوَاتٍ أَوْ حَيْضٍ صَارَ قَارِناً وَأَجْزَأَهُ لِقِرَانِهِ

أي: أن المعتمر إذا خشي إن تشاغل بعمل العمرة فاته الحج، وكذلك المعتمرة تخشى الفوات للحيض - فإنهما يحرمان بالحج ويكونا قارنين. وليس مراد المصنف أن يبين حكم القران فإنه تقدم، وإنما مراده أن يبين حكم الهدي.

ابن عبد السلام: ويجب أن يعود الضمير من قوله: (**أَجْزَأَهُ**) على هدي التطوع خاصة لا على كل ما تقدم من النذر والجزاء ليوافق المنقول؛ لأن الهدي إذا وجب بالتقليد فلا يُجْزِئُ عما وجب بعد ذلك، على أن في هدي التطوع نظر؛ لأنه لما قلد صار كالواجب لتعيينه بالتقليد، واعتذر بعضهم عن هذه والذي بعدها بأن الحج قد تجزئ بعض أفعاله بنية التطوع عن الواجب كما في ناسي الإفاضة ثم طاف بعد ذلك تطوعاً، وفيه نظر؛ لأن من قال بالإجزاء إذا ترك واجباً وأتى بعده بتطوع يشبهه في الصورة، فإنما رأى ذلك؛ لأن نيته عنده تستلزم نية الواجب، بخلاف من تطوع بأمر قبل حصول الواجب فإن نيته انعقدت قبل ذلك. وبعضهم بأنه مبني على أن الهدي لا يجب بالتقليد والإشعار، وفيه نظر؛ لأنه خلاف المشهور. وبعضهم بأنه مبني على تقديم الكفارة قبل الحنث.

فَإِنْ أَخَرَ هَدْيَ التَّطَوُّعِ وَالتَّمَتُّعِ أَجْزَأَهُ، وَثَالِثُهَا: إِنْ سَاقَهُ لِلتَّمَتُّعِ أَجْزَأَهُ

أي: إذا ساق هدياً تطوعاً في عمرة ثم حج من عامه، فاختلف هل يُجْزِئُ هدي التطوع عن هدي التمتع على ثلاثة أقوال. وتصورها من كلامه ظاهر، وينبغي أن يخرج من هذه الخلاف في التي قبلها، ولا ينبغي عد الثالث خلافاً؛ لأن عبد الحق وغيره تأول القول بالإجزاء عليه، فقال: معنى مسألة المتمتع الذي أخر نحر هديه إلى يوم النحر - أنه

ساق الهدي؛ ليجعله عن تمتعه، فلما وجب بالتقليد والإشعار قبل أن يتعلق عليه الدم للمتعة حمله محمل التطوع في أحد القولين، فلذلك لم يجزأه عما وجب عليه.

وقال مرة: يجزئه إن كان تطوع الحج يُجْزِئُ عن واجبه في غير وجه، فكيف بهذا الذي لم يقصد التطوع وإنما قصد الواجب، وينبغي لو كان إنما ساقه على طريق التطوع لا للمتعة ألا يجزئه عن متعته على القولين والله أعلم.

وَأَمَّا النُّسُكُ فَلا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ وَلا نَهَارٍ وَلا مَكَانٍ كَطَعَامِهَا وَصِيَامِهَا إِلا أَنْ يَجْعَلَهُ هَدْياً فَيَكُونَ مِثْلَهُ ...

المراد بالنسك: فدية الأذى، وعطف النهار على الزمان؛ لأنه قد يسبق للذهن من الزمان، الزمان الخاص، وهو أيام النحر. وما ذكره من جواز ذبح النسك ليلاً، نص عليه ابن المواز، قال: والنهار أولى. [٢١٩/ ب]

قوله: (**إِلا أَنْ يَجْعَلَهُ هَدْياً**) ظاهر، ولأجل أن المراد بالنسك الفدية. قال: كطعامها وصيامها، ويجوز فيها غير الغنم كالهدي قاله أهل المذهب.

وَكَرِهَ مَالِكٌ أَنْ يَنْحَرَ هَدْيَهُ أَوْ أُضْحِيَتَهُ غَيْرُهُ وَيُجْزِئُهُ، إلا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُسْلِمٍ فَلا يُجْزِئُهُ، وَحَسُنَ أَنْ يَقُولَ مَعَ التَّسْمِيَةِ: اللهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ فُلانٍ ...

لأنه قربة. قوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ غَيْرَ مُسْلِمٍ**) هو المشهور خلافاً لأشهب وقد تقدم.

وقوله: (**وَحَسُنَ أَنْ يَقُولَ**) أي: المستناب. وقد ذكر المصنف في الذبائح أن الذابح إن شاء قال: اللهم تقبل مني.

وَالأَيَّامُ الْمَعْلُومَاتُ يَوْمُ النَّحْرِ، وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ. وَالْمَعْدُودَاتُ، الثَّلاثَةُ بَعْدَهُ وهِيَ: أَيَّامُ التَّشْرِيقِ ...

سميت المعلومات؛ لأنها معلومة للذبح، والأخرى معدودات؛ لأن الجمار تعد فيها. وعلى هذا فاليوم الأول معلوم غير معدود، والرابع معدود غير معلوم. واليومان المتوسطان معلومان معدودان.

الصَّيْدُ جَائِزٌ بِإِجْمَاعٍ

لعله ذكر هذا الباب إثر كتاب الحج لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة: ٢]. وحكمة مشروعيته لمن حل من الإحرام التنبيه على أن العبد إذا امتثل أمر ربه وحبس نفسه عما نهي عنه، فإن المولى سبحانه يكرمه ويحل له ما حرم عليه، ترى أن الخمر في الدنيا حرام، فمن حبس نفسه عنها في الدنيا فإن الله سبحانه يبيحها له في الآخرة.

والإجماع على جوازه لمن كان عيشه ذلك.

والمشهور أن الصيد للهو مكروه، وأباحه ابن عبد الحكم، وروى ابن الماجشون ومطرف أن مالكاً استخف ذلك لأهل البادية إذ لا غنى لهم عنه، وكرهه في حق أهل الحاضرة. ولا إشكال أنه تعرض له من حيث الجملة الأحكام الخمسة.

الصَّائِدُ، وَالْمَصِيدُ بِهِ، وَالْمَصِيدُ. الصَّائِدُ: كُلُّ مُسْلِمٍ يَصِحُّ مِنْهُ الْقَصْدُ إِلَى الاصْطِيَادِ فَلا يَصِحُّ مِنَ الْكِتَابِيِّ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَالْمَجُوسِيِّ اتِّفَاقًا بِخِلافِ صَيْدِ الْبَحْرِ ....

أي: أركانه ثلاثة، ثم تكلم على الأول وذكر أن المشهور منع صيد الكتابي، واحتج على ذلك في المدونة بقوله تعالى: ﴿ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾ وفيه نظر؛ لأنه قد اختلف في المراد بهذه الآية، فقيل: المراد بها إباحة الصيد، وقيل: منعه، واختاره اللخمي وغيره، وأن المراد الامتناع في حال الإحرام، والابتلاء والاختبار أن يصبر عنه. ولقوله تعالى: ﴿ لِيَعْلَمَ ٱللَّهُ مَن يَخَافُهُۥ بِٱلْغَيْبِ ﴾ ولقوله سبحانه: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [المائدة: ٩٤]. والأقرب أن مراد المصنف بالشاذ الإباحة؛ لأنها التي تقابل المنع حقيقة. وهو قول ابن وهب وأشهب، واختاره الباجي، وابن يونس، واللخمي؛ لأنه من طعامهم إذ كل أمة تصيد، وقد أباح الله طعامهم، ويحتمل أن يريد الكراهة، وهو قول مالك في الموازية وقول ابن حبيب وابن بشير. ويمكن حمل المدونة على الكراهة.

ولا يصح من المجوسي باتفاق. **مالك**: ولا يؤكل صيد الصابئ ولا ذبيحته.

مجاهد: وهم قوم بين اليهود والمجوس، ووجه مخالفة صيد البحر ظاهر؛ إذ ميتته حلال.

وَلا مِنَ الْمَجْنُونِ وَالسَّكْرَانِ وَالصَّبِيِّ غَيْرِ الْمُمَيِّزِ

هذا راجع إلى قوله: (**يَصِحُّ مِنْهُ الْقَصْدُ**)؛ لأن الصيد يحتاج إلى نية، ولا تصح منهم، والمشهور أن المرأة والمميز كالبالغ، وكرهه أبو مصعب.

وَشَرْطُهُ أَنْ يُرْسِلَهُ فَلَوِ انْبَعَثَ مِنْ غَيْرِ إِرْسَالٍ لَمْ يُؤْكَلْ وَلَمْ تُفِدْ تَقْوِيَتُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

شرط إباحة الصيد الإرسال؛ لما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله إني أرسل الكلاب المعلَّمَة فيمسِكْنَ عليَّ، وأذكر اسم الله عليه فقال: «**إذا أرسلتَ كلبكَ المعلَّم فذكرتَ اسم الله عليه فكُلْ ما أمسك عليك**»، قلت: وإن قتلْنَ، قال: «**وإن قتلْنَ ما لم يشركها كلب ليس منها**» قلت له: فإني أرمي بالمعراض الصيد فأصيب، فقال: «**إذا رميت بالمعراض فخرق فكُلْه، وإن أصابه بعرضه فلا تأكله**». وفي رواية: «**إلا أن يكون الكلب أكل منه، فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه، وإن خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل؛ فإنما سَمَّيتَ على كلبك ولم تسمِّ على غيره**»، وفيه: «**إذا أرسلتَ كلبكَ المعلَّم فاذكر اسم الله عليه، فإن أمسك عليك فأدركته حيّاً فاذبحه، وإن أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أَخْذ الكلب ذكاته**»، وفيه أيضاً: «**إذا رميتَ بسهمك فاذكر اسم الله عليه**» وفيه: «**فإن غاب عنك يوماً أو يومين**»، وفي رواية: «**اليومين والثلاثة، فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت، وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل، فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك**».

والمشهور - كما ذكر - أنه لا تفيد تقويته إذا انبعث أولاً من نفسه، وأجاز أصبغ أكل ما يبتدئ الكلب طلبه إذا اتبعه ربه بالإشلاء، والتحريض، والتسمية.

ابن المواز: لا يعجبني، ومنشأ الخلاف: هل التقوية إرسال أم لا ؟

ولابن الماجشون قول ثالث: إن زادته التقوية قوة أكل وإلا فلا، وفي بعض النسخ عوض (**تَقْوِيَتُهُ**) (تفويته) بالفاء، وفي بعضها (**توثقته**) بالثاء المثلثة والمعنى متقارب.

فَلَوْ أَرْسَلَهُ وَلَيْسَ فِي يَدِهِ [١/٢٢٠] فَفِيهَا: يُؤْكَلُ ثُمَّ رَجَعَ، وَاخْتِيرَ الأَوَّلُ، وَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَرِيباً أُكِلَ ....

الأوَّلان كما ذكر في المدونة، ومنشأ الخلاف: هل ذلك إرسال أم لا؟

وإنما رجع مالك إلى عدم الأكل لجواز أن يكون الكلب قد رأى الصيد، فوافق انبعاثه من نفسه إشلاء صاحبه.

واختار ابن القاسم فيها والتونسي واللخمي الأكل، ورأوا أنه لا فرق بين أن يكون الجارح في يده أو معه؛ لأنه إنما انبعث بإشلائه. والثالث لابن حبيب.

وَلَوْ أَرْسَلَهُ ثُمَّ ظَهَرَ تَرْكٌ ثُمَّ انْبَعَثَ لَمْ يُفِدْ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: يُخَرَّجُ عَلَى قَوْلَيْنِ مَنْ أَرْسَلَ يَقْتُلُ بِهِ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً ....

يعني: لو أرسل الجارح فانبعث على الصيد، ثم ظهر منه ترك لما أرسل عليه بتشاغله بميتة أو كلب وقف معه ثم انبعث ثانياً حتى أخذه فإنه لا يؤكل، ولا إشكال في هذا إن كان تشاغله كثيراً.

اللخمي: ويختلف فيه إذا كان الاشتغال الخفيف، وظاهر المدونة أنه لا يؤكل؛ لأنه قال فيها: إذا وقف الكلب مع كلبه يشمه، أو على جيفة فأكل منها، أو عجز الطائر فسقط على موضع، أو عطف راجعاً، فقد خرج عن ذلك الإرسال، ولم يفرق بين قليل ذلك ولا كثيره. وقال: إذا أرسل على جماعة فأخذ اثنين منها إنهما يؤكلان، ولم يرَ اشتغاله بالأول قطعاً للثاني، وقد قيل: لا يؤكل الثاني. والصواب أن الشيء اليسير لا يقطع عن حكم الأول. انتهى.

وفرق المازري وابن بشير بما حاصله أنه في الأول تَشَاغَل بغير ما أرسل له، بخلاف الثاني، زاد المازري: ويؤكل. هذا قول ابن القاسم: أن من أرسل كلبه على جماعة صيد ولم يرد واحداً منها دون الآخر فأخذها كلها فإنه يؤكل ما أخذ، وقد يكون من الكثرة بحيث لا يأتي عليها إلا بعد طول. واللخمي أشار إلى ارتفاع الخلاف مع طول الزمان.

وَيُسَمِّي عِنْدَ الإِرْسَالِ فَلَوْ تَرَكَهَا عَامِداً مُتَهَاوِناً أَوْ غَيْرَ مُتَهَاوِنٍ لَمْ يُؤْكَلْ عَلَى الْمَعْرُوفِ، وَنَاسِياً تَصِحُّ ....

للحديث المتقدم، وما ذكره من الفرق بين النسيان والعمد هو مذهب المدونة، واختلف أصحابنا في تأويله، فمنهم من حمله على التحريم، ثم افترق هؤلاء على فرقتين:

الأولى: أن التسمية سنة، وحرم الأكل مع العمد؛ لئلا يستخف بالسنن وهو تأويل عبد الوهاب.

الثانية: أنها واجبة مع الذكر ساقطة مع النسيان، ومنهم من حمله على الكراهة وهو اختيار الأبهري وابن الجهم، وهذا هو مقابل المعروف، ونقله صاحب الإكمال عن مالك نصّاً فقال: وحكى منذر بن سعيد عن مالك في ترك التسمية عمداً أنها لا تؤكل.

وحكى ابن يونس عن أشهب ثالثاً فقال: وقال أشهب: إن ترك التسمية مستخفّاً بها فلا يؤكل، وأما من لا يعلم ما عليه في تركها فإنها تؤكل.

ابن بشير: وإن تركها ناسياً لم يضر اتفاقاً، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة عند الكلام على إزالة النجاسة.

فَلَوْ أَرْسَلَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ كَلْباً أَوْ مَجُوسِيٌّ كَلْبَ مُسْلِمٍ لَمْ يُؤْكَلْ بِخِلافِ مَا لَوْ أَرْسَلَ مُسْلِمٌ كَلْبَ مَجُوسِيٍّ ....

لأنه إذا اجتمع المسلم والمجوسي على كلب واحد فقد حصل مبيح ومحرم، فغلب المنع، كما لو أرسل جارحاً معلَّماً وآخر غير معلم، ولم يدر أيهما قتله.

وقوله: (**أَوْ مَجُوسِيٌّ كَلْبَ مُسْلِمٍ لَمْ يُؤْكَلْ**) ظاهر لأن العبرة بالصائد لا بالكلب، والكلب آلة بمنزلة السكين، واصطياد المجوسي بكلب المسلم بمنزلة ذبحه بسكينة، وكذلك العكس.

فرع:

فلو أرسل المسلم والمجوسي كلبين، فأخذ الصيد حياً، فقال ابن حبيب: يحكم للمسلم بذبحه ويأخذ نصفه، فإن قال المجوسي: أنا لا آكل ذبيحة المسلم، فنقل الشيخ أبو محمد عن بعضهم أنهما يؤمران ببيعه وقسم ثمنه، إلا أن يكون بموضع لا ثمن له، فيُمكَّن المسلم من ذبحه؛ لأن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه.

الْمَصِيدُ بِهِ سِلاحٌ يَجْرَحُ، وَحَيَوَانٌ مُعَلَّمٌ

لما انقضى كلامه عن الركن الأول أتبعه بالثاني، واشترط الجرح في السلاح؛ لِما تقدم من حديث عدي في المعراض: «**وإن أصاب بعرضه فلا تأكل**». والمعراض: عصاة في رأسها حديدة، وقد يكون بغير حديدة، وقيل: عود رقيق الطرفين غليظ الوسط، وخرج بهذا الشرط البندق وما في معناه، والشَّرَك والحبالة، فلا يؤكل الصيد بشيء من ذلك، إلا أن يوجد مجتمع الحياة فيذكي. واشترط التعليم لقوله تعالى: ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ [المائدة: ٤] وللحديث المتقدم.

ابن حبيب وغيره: والتكليب: التعليم، ولا يختص بالكلب، بل ذلك جارٍ في كل ما يقبل التعليم. **ابن شعبان:** ولو كان نسوراً، وابن عِرْس. **ابن حبيب:** النمر والنمس لا يقبلان لتعليم. وقيل: المراد بالتكليب التسليط.

وَفِي التَّعْلِيمِ طَرِيقَانِ. اللَّخْمِيُّ: أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ: الأَوَّلُ: إِذَا أُشْلِيَ أَطَاعَ، الثَّانِي: إِذَا دُعِيَ أَجَابَ، الثَّالِثُ: وَإِذَا زُجِرَ انْزَجَرَ إِنْ كَانَ كَلْباً، الرَّابِعُ: مُطْلَقاً، مِنْ قَوْلِهِ: وَالْمُعَلَّمُ مِنْ كَلْبٍ أَوْ بَازِيٍّ هُوَ الَّذِي إِذَا زُجِرَ انْزَجَرَ، وَإِذَا أُرْسِلَ أَطَاعَ، وَقَدِ اعْتُرِضَ بِأَنَّ الطَّيْرَ لا يَنْزَجِرُ حَتَّى حُمِلَ عَلَى إِذَا أُشْلِيَ، وَبِقَوْلِهِ: وَلَوْ غَلَبَتْهُ الْجَوَارِحُ عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى خَلاصِهِ مِنْهَا أَكَلَ ....

تصور الأربعة من كلامه ظاهر، والأول من الأربعة لم ينقله اللخمي، وإنما خرجه من قوله في المدونة: إذا أدرك كلبه أو بازيه ولم يستطع إزالة الصيد عنه حتى فات بنفسه أنه يؤكل.

وفي نقل المصنف الثاني نظر، ولم أره في اللخمي ولا غيره، [٢٢٠/ ب] وإنما ذكره اللخمي والمازري وغيرهما عن أشهب في هذا القول عوض قول المصنف: (**وَإِذَا دُعِيَ أَجَابَ، وَإِذَا زُجِرَ انْزَجَرَ**). اللخمي: وهو نحو قول ابن القاسم - أي: في المدونة - لقوله: (**وَالْمُعَلَّمُ مِنْ كَلْبٍ أَوْ بَازِيٍّ هُوَ الَّذِي إِذَا زُجِرَ انْزَجَرَ، وَإِذَا أُرْسِلَ أَطَاعَ**).

المازري: وهو المشهور. والقول الثالث لابن حبيب وابن الماجشون. والقول الرابع لابن القاسم في الواضحة. ووافقه المازري في طريقته، واستضعف القول الأول من المدونة قال: لأنه لم يقصد بيان حكم التعليم فيتعلق بما قال هنا، وإنما قصد بيان العذر بالعجز في التذكية عن صفة ويمكن أن يكون لم يقدر الصائد على تخليصه، ليس لأجل أن الكلب لم يطعه، بل لمانع منع الكلب من غلبة الصيد أو لغير ذلك من الأسباب، وأيضاً فإنه وإن عصى في هذه المرة واحتمل ما أشرنا إليه فلا يخرج بالمعصية مرة واحدة عن كونه معلَّماً، كما لا يكون معلماً بطاعته مرة واحدة، بل حتى يتكرر منه ويصير معلماً، ونفى التحديد في هذا مذهبنا خلافاً لأبي حنيفة في تعليقه ذلك بمرتين. انتهى. وعلى كلام اللخمي فما لابن القاسم في الواضحة خلاف ما قال في المدونة.

عياض: ويحتمل الوفاق؛ لأن الإشلاء يستعمل في معنيين للإغراء والدعاء، كما أن الزجر يأتي لمعنيين الإغراء والكف. انتهى. وفيه بعد لأنه يلزم عليه عطف الشيء على نفسه؛ إذ على قوله أن الدعاء بمعنى الإشلاء وقول المصنف من قوله: **(وَالْمُعَلَّمُ مِنْ كَلْبٍ أَوْ بَازِيٍّ)** أي أن هذا الرابع أخذ من قول مالك في المدونة: والمعلم من كلب أو بازي، فجمع بين الكلب والبازي في شرط الانزجار وتبع المصنف في قوله أن الرابع مأخوذ من لفظ المدونة.

ابن بشير: والذين في اللخمي أنه منصوص كما قدمته. والاعتراض بأن الطير لا يمكن فيه الانزجار لابن حبيب، والجواز بحمل الزجر على الإشلاء لابن أبي زيد قال: وقد يقال الزجر إشلاء، كما يقال: أزجرت التنور: إذا أوقدته. وقد قال مالك في المدونة فيمن أدرك كلابه تنهش في الصيد ولم تنفذ مقاتله فمات بنفسه قبل أن تمكن ذكاته: إنه يؤكل، ولم يجعل الانزجار شرطاً. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: **(وَلَوْ غَلَبَتْهُ الْجَوَارِحُ... إلخ)**، وكأن المصنف استبعد قول أبي محمد، ألا ترى إلى قوله: **(حَتَّى)** وعادته في ذلك أن يشير إلى استبعاد؛ لأن ما قال ابن أبي زيد مخالف لظاهر اللفظ، ويلزمه منه التكرار؛ لأنه عطف فيه الإشلاء على الانزجار وبقى هنا شيء، وهو إن كان المراد بالدعاء في الثالث والرابع "بعد إمساك الصيد" فهو الانزجار، وإن كان المراد "قبل الإرسال" فلا معنى له لأن ذلك تفعله الكلاب بطباعها وعلى هذا فالظاهر أن المراد بالدعاء "بعد الإرسال" و"قبل الإمساك"، وبالانزجار "بعد الإمساك".

عياض: و**(البازي)** بياء بعد الزاي، وحكى بعضهم "باز" بغير ياء. و**(أشلي)** بضم الهمزة وشين معجمة ساكنة ومعناه في الكتاب وعند الفقهاء: أُرسل وأُغري، وقال بعض أهل اللغة: إنما الإشلاء الدعاء. وصوب بعضهم الوجهين فيه، والزجر: الكف والإمساك، وهو المشترط في التعليم وذهب بعضهم أيضاً إلى أن الزجر يقع بمعنى الإغراء، فأشار إلى ما قاله ابن أبي زيد.

وَالثَّانِيَةُ: هُوَ مَا يُمْكِنُ فِي الْقَبِيلَيْنِ عَادَةً وَهُوَ الصَّحِيحُ

يعني: أن الطريقة الثانية هو ما يمكن في القبيلين، والقبيلان هما: السباع والطير، وهذه طريقة ابن بشير. قال بعد كلام اللخمي: وهذا الذي حكاه أبو الحسن ليس بخلاف، وإنما صحح المصنف هذه الطريقة؛ لأن الله جل ثناؤه لم يشترط غير التعليم ولم يدل دليل على وجه خاص، وما يكون كذلك فإنما يكون محمولاً على العرف، ألا ترى أن الناس يوصف بعضهم بالتعليم وبعضهم بعدم التعليم، وهذه الطريقة وإن كانت ظاهرة في المعنى إلا أن الرواية لا تساعدها.

وَلا يُشْتَرَطُ عَدَمُ الأَكْلِ فِي الطَّيْرِ وَلا فِي الْوَحْشِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أما الطير فلا يشترط فيه عدم الأكل اتفاقاً؛ لأنه لا بد له من الأكل غالباً، وأما الوحش فالمشهور كذلك، والقول الشاذ ذكره أبو تمام، ووجهه ما تقدم في حديث عدي: «**فإن أكل فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه**»، وحمل في المشهور ذلك على الكراهة؛ لما في أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام: «**فكل وإن أكل منه**» جمعاً بين الأدلة.

المازري: وأشار ابن المواز في الاعتذار عن حديث عدي إلى أن حديث الأكل صحبه العمل، وقال به الصحابة رضوان الله عليهم: علي، وابن عمر، وسعد بن أبي الوقاص، وغيرهم رضي الله عنهم، وما صحبه العمل أولى، وأشار ابن حبيب إلى أن حديث عدي قد روي من طريق على معنى حديث الأكل. وقال الباجي: حمل شيوخنا حديث عدي على ما إذا أدركه ميتاً من الجري أو الصدم فأكل منه، فإنه صار إلى صفة لا تعلق للإمساك بها. ويبين هذا التأويل قوله صلى الله عليه وسلم: «**ما أمسك الكلب فكل وإن أَخْذ الكلب ذكاته**».

وَشَرْطُ الرَّمْيِ: أَنْ يَنْوِيَ اصْطِيَادَهُ، وَإِلا لَمْ يُؤْكَلْ إِلا بِالذَّبْحِ، فَلَوْ رَمَى حَجَراً فَإِذَا هُوَ صَيدَ لَمْ يُؤْكَلْ كَشَاةٍ لا يُرِيدُ ذَبْحَهَا فَوَافَقَ الذَّبْحَ ....

الرمي أحد نوعي الذكاة، فيفتقر إلى النية باتفاق. وخصص [٢٢١/ أ] المصنف الرمي؛ لأن كثيراً ما يُرمى على غير قصد، قوله: (**وَإِلا**) أي: وإن لم ينوِ الذكاة، وهو أعم من ألا ينوي شيئاً أو ينوي عدم الاصطياد. وقوله: (**إِلا بِالذَّبْحِ**) ظاهر. وقوله: (**فَلَوْ رَمَى حَجَراً**) هو من قسم النية المضادة. وقوله: (**كَشَاةٍ لا يُرِيدُ ذَبْحَهَا**) أي: بل أراد قطع شيء من عنقها، وهو ظاهر.

وَفِيهَا: وَإِنْ أَكَلَ الْكَلْبُ أَكْثَرَهُ أَكَلَ بَقِيَّتَهُ مَا لَمْ يَبِتْ، وَاسْتُشْكِلَ

تصوره ظاهر، والاستشكال إن كان بسبب أكل الجارح من الصيد فقد تقدم ما فيه، وإن كان لأجل عدم اشتراط المبيت، فسيأتي.

وَإِذَا رَمَى بِحَجَرٍ لَهُ حَدٌّ، وَلَمْ يُوقِنْ أَنَّهُ مَاتَ بِحَدِّهِ لَمْ يُؤْكَلْ عَلَى الأَصَحِّ

القاعدة في هذا ونحوه أنه إذا حصل ما يقتضي الإباحة وما يقتضي عدمها كهذه المسألة فإن الإصابة بالحد والإصابة بغيره غير مبيحة، فإن تيقن أنه مات بالمبيح أكل اتفاقاً، وإن شك لم يؤكل اتفاقاً، وإن ظن أنه مات بالمبيح فالمشهور عدم الأكل. وعلى هذا ففي قوله: (**وَلَمْ يُوقِنْ**) نظر؛ لإيهامه دخول الخلاف في الشك.

وَيُعْتَبَرُ فِي غَيْرِ الْمُعَلَّمِ الذَّبْحُ كَغَيْرِ الصَّيْدِ، وَلَوِ اشْتَرَكَ مَعَ مُعَلَّمٍ فَظَنَّ أَنَّ الْمُعَلَّمَ الْقَاتِلُ فَقَوْلانِ ....

أما المسألة الأولى فظاهرة؛ لأن شرط الإباحة وهو التعليم منتفٍ، وأما الثانية فأجراها على القاعدة المتقدمة.

الْمَصِيدُ: الْوَحْشُ الْمَعْجُوزُ عَنْهُ الْمَأْكُولُ فَلَوْ نَدَّتِ النَّعَمُ فَأَمَّا غَيْرُ الْبَقَرِ فَلا تُؤْكَلُ إِلا بِالذَّكَاةِ، وَكَذَلِكَ الْبَقَرُ خِلافاً لابْنِ حَبِيبٍ ....

لما فرغ من الكلام على الصائد والمصيد به، أتبعه بالكلام على ما يصاد، ومراده أنه إذا اجتمعت القيود الثلاثة اتفق على جواز أكله بالعقر، ومتى ذهب شيء منها أمكن ألا يفيد فيه العقر اتفاقاً. كما لو أمكن ذبح الصيد وأمكن أن يكون مع خلاف كما في مقابل المأكول، فإنه سيأتي في صيد السباع قولان.

وقوله: (**فَلَوْ نَدَّتِ**... إلخ) راجع إلى القيد الأول وهو الوحش؛ يعني إذا ندت الإنسية فإن كانت غير بقر لم تؤكل بالعقر اتفاقاً، وكذلك البقر على المشهور، خلافاً لابن حبيب، وقال ابن حبيب: لأن البقر لها أصل في التوحش يرجع إليه؛ أي: لشبهها ببقر الوحش. ورد بأن الشاة لها أيضاً أصل وهو الظباء. فإن قلت: ففي مسلم: وأصبنا نهب إبل فند منها بعير، فرماه رجل بسهم فحبسه، فقال عليه الصلاة والسلام: «**إن هذه الإبل أوابد كأوابد الوحش، فإذا غلبكم شيء منها فاصنعوا به هكذا**». وهو يدل على جواز الكل مطلقاً، فالجواب ليس فيه أن السهم قتله، بل حبسه، ونحن نقول به.

وَأَلْزَمَ اللَّخْمِيُّ ابْنَ حَبِيبٍ مِمَّا وَقَعَ فِي مَهْوَاةٍ الْقَوْلَ بِهِ وَفَرَّقَ لِتَحْقِيقِ التَّلَفِ

هذا الإلزام للتونسي وتبعه عليه اللخمي وغيره، ومعناه أن اللخمي ألزم ابن حبيب أن يقول في الإبل والبقر إذا ندت فلم يقدر عليها أن تذكى بالعقر، من قوله في الشاة وغيرها إذا وقعت في مهواة أنها تطعن حيثما أمكن ويكون ذكاة لها. والجامع بينهما العجز عن الوصول إلى الذكاة في المحلين. وفرق صاحب الْمُعْلِم وابن بشير بأن الواقع في مهواة يتحقق تلفه لو ترك، فلعل ابن حبيب أباح ذلك صيانة للأموال، بخلاف النَّادِّ فإنه قد يتأنس ويتحيل على أخذه، **ابن عبد السلام**: وفيه نظر؛ لأن البعير إذا ند أقوى شبهاً بالوحش مما وقع في مهواة، ولو قيل بالعكس في مثل هذا لكان له وجه.

وَلَوْ صَادَ الْمُتَوَحِّشُ مُتَأَنِّساً فَالذَّكَاةُ

هذا راجع إلى قوله: (**الْمَعْجُوزُ عَنْهُ**) وهذا ظاهر؛ لأنه إنها كان يؤكل بالعقر للعجز عن الذكاة، وقوله: (**فَالذَّكَاةُ**) أي: ذكاة المقدور عليه، فإن توحش هذا بعد أن تأنس أكل بالعقر لرجوعه إلى أصله.

وَكَذَلِكَ لَوِ انْحَصَرَ وَأَمْكَنَ بِغَيْرِ مَشَقَّةٍ

أي: وكذلك لو انحصر المتوحش وأمكن أخذه بغير مشقة، فإنه لا يؤكل إلا بذكاة الإنسي. وفهم من قوله: (**بِغَيْرِ مَشَقَّةٍ**) أنه لو أمكن أخذه بمشقة جاز صيده، وهو كقول أصبغ فيمن أُرسل على وكر في شاهق جبل أو في شجرة، وكان لا يصل إليه إلا بأمر يخاف منه العطب، جاز أكله بالصيد. ومن النوادر: وإذا طردت الكلاب الصيد حتى وقع في حفرة ولا مخرج له منها أو انكسرت رجله منها، فتمادت الكلاب فقتلته فلا يؤكل؛ لأنه أسير. **محمد**: وهذا إذا كان لو تركته الكلاب لقدر بها على أخذه بيده، ولو لجأ إلى غار لا منفذ له أو غَيْضَة فدخلت إليه الكلاب فقتلته لأكل، ولو لجأ إلى جزيرة أحاط بها البحر فأطلق عليه كلابه أو تمادت الكلاب فقتلته، فأما في الجزيرة الصغيرة التي لو اجتهد طالبه لأخذه بيده، ولا يكون له في الماء نجاة، فلا يؤكل، وإن كان له في الماء نجاة أو كانت جزيرة كبيرة يجد الروغان فيها حتى يعجز طالبه - على رجليه أو على فرس - أن يصل إليه بيده إلا بسهم أو كلب، فإنه يؤكل بالصيد.

بِخِلافِ مَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْباً ثُمَّ ثَانِياً فَقَتَلَهُ الثَّانِي بَعْدَ إِمْسَاكِ الأَوَّلِ عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا، وَخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى، وَفَرَّقَ بِأَنَّ بَقَاءَ إِمْسَاكِ الأَوَّلِ مَوْهُومٌ ....

قال صاحب الجواهر بعد ذكره أن الصيد إذا انحصر بموضع لا يؤكل بالعقر: وينخرط في هذا المسلك أن يرسل على الصيد كلباً ثم كلباً، فيمسكه الأول ثم يقتله الثاني؛

إذا كان إرساله بعد أن أمسكه الأول، فإن كان إرساله قبل أن يمسكه الأول فالمنصوص أنه يؤكل. واستقرأ أبو الحسن مما تقدم في الواقع في موضع لا نجاة له أنه لا يؤكل. انتهى.

وقد علمت أن هذه المسألة على صورتين، وأن الصورة الأولى لم يذكر فيها ابن شاس واللخمي وغيرهما خلافاً، وقد نص أصبغ فيها على عدم الأكل، وأن [٢٢١/ ب] التخريج إنما هو في الثانية، فيحمل كلام المصنف عليها.

وقوله: (**وَخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ إِحْدَاهُمَا**) أي: كلاً منهما على الأخرى؛ أي: خرج من مسألة الإرسال جواز الأكل في الانحصار، ومنها عدم الأكل في الإرسال بجامع القدرة، ويدل على أن مراد المصنف: أن اللخمي خرج من المسألتين قوله: (**عَلَى الْمَنْصُوصِ فِيهِمَا**)، فإن المنصوص إذا كان في كل واحدة، كان التخريج كذلك، والفرق المذكور للمازري، ولم يجزم ابن بشير به، بل قال: يحتمل أن يكون الأمر كما قال أو يفرق بأن إرسال الثاني مأذون فيه، وإذا أمسكه الأول فليس نحن على ثقة من أنه يداوم إمساكه حتى يأتي صاحبه، بخلاف أن يحصل في موضع يعلم أنه لا نجاة له منه. وقوله: (**بَقَاءَ**) يقتضي أنه أمسكه قبل أن يرسل الثاني، ولا يصح؛ لما قلناه أن هذه الصورة متفق فيها على عدم الأكل، ومراده أن إمساك الأول موهوم، وعلى هذا فالأَوْلى لو أسقط لفظة بقاء.

وَمَا نَدَّ مِنَ الْوَحْشِ وَاسْتَوْحَشَ أُكِلَ بِالصَّيْدِ

هذا ظاهر.

وَأَمَّا الْمُحَرَّمُ فَقَالَ اللَّخْمِيُّ: صَيْدُهَا لِجُلُودِهَا كَذَكَاتِهَا. وَفِيهَا قَوْلانِ، وَقِيلَ: مَبْنَى الْقَوْلَيْنِ عَلَى الْكَرَاهَةِ وَالتَّحْرِيمِ ....

هذا راجع إلى قوله: (**مأكولاً**) يعني: وأما الصيد المحرم الأكل، فقال اللخمي: مَن أجاز تذكيتها لأجل جلودها وهو المشهور أجاز اصطيادها له، ومَن منع منع، فالضمير في

(**وَفِيهَا**) عائد على التذكية. ورأينا أن نأتي بكلام اللخمي لما فيه من الفوائد ولفظه: النية في الاصطياد راجعة إلى حال الصيد من جواز أكله ومنعه. والصيد أربعة: حلال، وحرام، ومختلف فيه بالكراهة والتحريم، ومكروه:

فالأول: الغزلان وبقر الوحش والإبل، وما أشبه ذلك، والطير ما لم يكن ذا مخلب، فلا يحل اصطياد هذه إلا بنية الذكاة.

والثاني: الخنزير يجوز رميه بنية قتله لا لغير ذلك، وليس ذلك من الفساد؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «**لينزلن فيكم ابن مريم حكماً مقسطاً فيكسر الصليب، ويقتل الخنزير**»، على هذا مذهب مالك أنه يجوز قتله ابتداء إلا أن تصيب الإنسان حاجة إليه تبيح أكله، فيستحب له أن ينوي الذكاة، قاله أبو بكر الوقار.

والثالث: الأسد والنمر والفهد والذئب والدب. فعلى القول أنه حرام يكون الحكم فيه حكم الخنزير، إلا أن ينوي الانتفاع بجلده فينوي ذكاته. وعلى القول أنه مكروه يكون بالخيار على أن يرميه بنية ذكاته على كراهة في ذلك، أو بنية القتل إن لم يرد أكله.

والرابع: الثعلب والضبع هما عند مالك أخف، وهو بالخيار بين أن يرميه بغير نية الذكاة، وإن شاء نوى الذكاة إن كان يريد أكلهما. انتهى. واعترضه ابن بشير وقال: إنما تصح الذكاة للجلود على القول بالكراهة لا على التحريم، واعترض أيضاً قوله في الضبع والثعلب: إن شاء رماهما بنية القتل فقال: إن أراد مع خوف الأذى منهما فظاهر، وإلا فلأي شيء يقتلهما بغير فائدة. وإلى كلام ابن بشير أشار بقوله: (**وَقِيلَ: مَبْنَى الْقَوْلَيْنِ عَلَى الْكَرَاهَةِ وَالتَّحْرِيمِ**) أي: إذا قلنا بالكراهة جاز الاصطياد لأخذ الجلد، وإن قلنا بالتحريم فلا.

ابن عبد السلام: وقوله: (**على القولين**) المتبادر إلى الذهن أنهما القولان المنصوصان في جواز ذبحهما لأخذ جلودهما لا المخرَّجان في صيدها. والأقرب بعد التأمل أنه أراد المخرجين لا المنصوصين.

وهو الذي أشار إليه غير اللخمي. وعلى الاحتمال الأول يكون إطلاق القولين عليهما حقيقة، وعلى الثاني يكون مجازاً.

وَإِذَا ظَنَّ مُحَرَّماً فَأَرْسَلَ عَلَيْهِ فَإِذَا هُوَ مُبَاحٌ فَالذَّكَاةُ

هذا الفرع ظاهر؛ لفقد النية التي هي شرط. وقوله: (**فَالذَّكَاةُ**) أي: ذكاة الإنسية، وأطلق المصنف تبعاً للمدونة. والمحرم: الخنزير ونحوه، وقسمها اللخمي على ثلاثة أوجه فقال: إن كان يظن أنه سبع فتبين أنه حمار وحش كان على ثلاثة أوجه، فإن لم ينو ذكاته وإنما قصد قتله لم يؤكل هذا، وإن قصد ذكاته إلا أنه يجهل الحكم فيه، أو لأنه يعتقد أنه مكروه جاز أكله، وإن نوى ذكاة جلده خاصة لكان جلد هذا ذكيّاً، ويختلف في لحمه؛ فعلى القول أن الذكاة تتبعض وأن شحوم ما ذبحه اليهود حرام لا يؤكل اللحم، وعلى القول أنها لا تتبعض وأن الشحوم داخلة في الذكاة، وإن لم ينوها الذابح، يكون جميع هذا ذكيّاً. انتهى ونحوه للمازري.

فَإِنْ ظَنَّ مُبَاحاً فَإِذَا هُوَ مُبَاحٌ غَيْرُهُ فَقَوْلانِ، وَقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: خِلافٌ فِي حَالٍ إِنْ قَصَدَ الذَّكَاةَ مُطْلَقاً صَحَّ وَإِلا فَلا ....

الجواز لأشهب، والمنع لأصبغ، واختار التونسي واللخمي وابن يونس وغيرهم الأول؛ لأن الذكاة في الجميع واحدة وقد قصدها. وتردد التونسي: هل يجزئ على هذا ما لو ذبح كبشاً يظنه نعجة بعد أن قطع أن الأصوب من القولين قول أشهب.

المازري: وهذا أبعد من اختلاف النوعين كالأرنب والظبي؛ لأن النوع واحد في الذكر والأنثى، وإنما يختلف في الصور والطباع. وقد قيل: إن الغالط في بعض صفات الموصوف لا يكون جاهلاً به على خلاف فيه مذكور في كتب الأصول، بخلاف الغالط في الذات وصفاتها.

ابن راشد وشيخنا: وكلام ابن بشير يرفع الخلاف؛ لأن له ثلاثة أحوال: إن قصد عموم الذكاة في المظنون وغيره أكل ما صاده بالاتفاق، وإن قصده بعينه دون غيره لم يؤكل الغير بالعقر اتفاقاً، وإن قصد شيئاً ولم يتعرض لغيره بنفي ولا [٢٢٢/ أ] إثبات فهو محل الخلاف.

وَلَوْ أَرْسَلَهُ وَلا ظَنَّ صَحَّ عَلَى الْمَشْهُورِ

ابن راشد وابن عبد السلام: معناه إذا أرسله على بعد، ولم يتبين جنسه من أي المباحات هو بعد قطعه أنه ليس بمحرم. **ابن راشد**: ولم أقف على هذه المسألة. انتهى.

وقد ذكرها اللخمي، ولم يذكر فيها خلافاً، ولفظه: ولو رمى وهو يرى أنه صيد ولا يعرف أي صنف هو لجاز أكله، وليس من شرط الجواز أن يعلم جنسه. ويحتمل أن يريد به ما ذكره ابن بشير ولفظه: وإذا أرسل ولم يقصد شيئاً، وإنما قصد ما يأخذه فهل يكتفي بذلك وتصح ذكاة ما أخذه؟ فيه قولان: **أحدهما**: الصحة، **والثاني**: عدمها، وهذا يشعر بالخلاف في وجوب التعيين وعدمه. وإلى حمل كلام المصنف على هذا ذهب ابن هارون.

وكان شيخنا رحمه الله تعالى يحمله على وجه آخر؛ وهو إذا أرسل كلبه في غار لا يدري هل فيه صيد أم لا؟ وقد ذكر ابن الجلاب مسألة الغار ونص فيها على الأكل. وصرح المازري بأن المشهور لا يشترط رؤية الصيد بل يجوز الإرسال على ما وراء أَكَمَة، وما في مغارة خلافاً لأشهب. وحكى صاحب البيان وجماعة من الشيوخ في الغار والغَيْضَة ثلاثة أقوال؛ قال أصبغ وابن المواز بالأكل فيهما، وقال سحنون: لا يؤكل فيهما. وفرق ابن القاسم فقال: يؤكل ما في الغار، ولا يؤكل ما في الغيضة لاحتمال أن يدخل الصيد فيها بعد الإرسال، وذلك مأمون في الغار. وتمشية شيخنا أولى، وظاهر كلام ابن هارون ليس بعيداً منه، والله أعلم.

وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَى شَيْءٍ فَأَخَذَ غَيْرَهُ لَمْ يُؤْكَلْ، وَلَوْ أَرْسَلَهُ عَلَى جَمَاعَةٍ وَنَوَى مَا أَخَذَ مِنْهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا أَكَلَ وَإِنْ تَعَدَّدَ، وَكَذَلِكَ الرَّمْيُ .....

لم يؤكل غير المرسَل عليه لعدم النية، وكذلك قال ابن القاسم: إذا أرسله على جماعة ينويها، ولم ينو غيرها، أنه لا يؤكل ما أصاب من غيرها. وما ذكره من الأكل فيما إذا أرسله على جماعة ونوى ما أخذ منها أو من غيرها - هو المشهور. وخالف ابن المواز في الكلب فقال: إن أخذ اثنين أو أكثر في مرة واحدة أُكِل ما أخذ، وإن أخذ واحداً بعد واحد لم يؤكل إلا ما أخذه أولاً. ووافق على السهم أنه يؤكل جميع ما قتله. والفرق عنده أن الكلب يفتقر إلى إرسال ثانٍ بعد الأول، بخلاف السهم.

وقوله: (**أَوْ مِنْ غَيْرِهَا**) كقول مالك: إذا أرسله على جماعة ونوى إن كان وراءها غيرها فهو عليها مرسل، فليؤكل ما أخذه من سواها. ونقل عن أشهب أنه لا يؤكل ما وراء تلك الجماعة.

فائدة: ينشأ من هنا قاعدة؛ وهي: إن كان الصيد معيناً أكل، كان المكان محصوراً أم لا، وإن لم يكن الصيد معيناً وكان المكان محصوراً كالغار والغيضة فثلاثة أقوال كما تقدم، وإن لم يتعين الصيد ولا انحصر المكان كما لو أرسل كلبه على أي صيد وجده بين يديه فلا خلاف في المذهب أن ذلك لا يجوز، قاله المازري وابن هارون وابن عبد السلام. **فإن قلت**: ينتقض هذا الاتفاق مما نقلته عن مالك أنه إذا أرسله على جماعة ونوى إن كان وراءها غيرها فهو مرسل عليه. **فالجواب**: لعل مالكاً إنما أجاز تبعاً للمعين أولاً، والله أعلم.

وَلَوِ اضْطَرَبَ الْجَارِحُ، فَأُرْسِلَ وَلَمْ يُرَ فَقَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْغَالِبَ كَالْمُحَقَّقِ أَوْ لَا

أي: أن الغالب إنما يضطرب لرؤية الصيد، فإذا اضطرب وأرسله وقتل صيداً، فقولان وهما لمالك، **أحدهما**: جواز الأكل للغالب. **والثاني**: المنع لكونه لم يرَ شيئاً. وفي

العتبية لابن القاسم: لا أحب له أن يأكله، ولعله يضطرب على صيد فيأخذ غيره. قال في البيان: وهذا إذا نوى ما اضطرب عليه خاصة، وأما لو نواه وغيره فإنه يؤكل على معنى ما في المدونة في الذي يرسل كلبه على جماعة من الصيد وينوي إن كان وراءها جماعة أخرى ولم يرها، فأخذ مما لم يرَ، أنه يأكله. قال: ومن الناس من حمل هذه الرواية على الخلاف؛ لما في المدونة مثل قول أشهب: أنه لا يصح أن ينوي إرساله ما لم يره. والتأويل الثاني أظهر.

وَمَهْمَا أَمْكَنَتِ الذَّكَاةُ تَعَيَّنَتْ، وَإِلاَّ كَفَى عَقْرُهُ وَجَرْحُهُ بِخِلافِ صَدْمِهَا أَوْ عَضِّهَا مِنْ غَيْرِ تَدْمِيَةٍ عَلَى الْمَشْهُورِ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ بِسَيْفٍ فَلَمْ يُدْمِهِ ....

لأنه إنما جاز العقر لعدم القدرة على الذكاة الأصلية. قوله: (**وَإِلاَّ كَفَى عَقْرُهُ**) أي: وإن لم تمكن الذكاة، وذلك إذا مات قبل إدراكه ولم يفرط في تناول الآلة كما سيأتي. ونص ابن المواز على الأكل إذا أدمته في أذنه.

عياض: ولا خلاف متى أدمته أنه يؤكل. ومقابل المشهور لابن وهب وأشهب، ومنشأ الخلاف: هل يحمل قوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ [المائدة: ٤] على عمومه، أو يحمل على الغالب؛ لأن الغالب أنه إنما يكون الإمساك مع تدميته. وقوله: (**كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ بِسَيْفٍ**)؛ أي فتأتّى فيه القولان.

المازري: وقد ذكر ابن المواز عن أشهب إباحة الأكل إذا مات الصيد بصدمة الكلب أو ضربة السيف ولم يجرح، ومحمله عندي بحد السيف لا بعرضه، وابن المواز أطلق الحكاية. انتهى. لأنه إذا أصابه بالعرض في معنى المعراض إذا أصابه بغير حده. وقد نص في الحديث على عدم أكله.

اللخمي وصاحب التنبيهات: وإن مات من غير فعل كخوف أو سقوط وما [٢٢٢/ ب] أشبه ذلك لم يؤكل اتفاقاً.

التونسي: ولم يذكروا خلافاً في الذي مات في الجري من طلب الكلب له، وفي ذلك نظر. وفي التنبيهات: ولا خلاف إذا مات بسببها ولم تمسه، من انبهار أو سقوط وشبهه، أنه لا يؤكل. وفهم اللخمي خلافاً إذا أُنيبَتْ ولم تدمِ ولم تجرح، وجمعها مع مسألة الضرب والصدم، ولا يصح تنييب إلا بإدماء وإن قل، وهو مقتضى قوله في الكتاب في موضع آخر: إن لم تُنَب ولم تدمِ، ثم لم يذكر الإدماء في سائر المواضع. وحكى صاحب الذخيرة عن أشهب جواز الأكل إذا مات الصيد انبهاراً، ولعله حكاه عنه إلزاماً من قوله في الصدم والعض. ويدخل في قوله: (**وَمَهْمَا أَمْكَنَتِ الذَّكَاةُ تَعَيَّنَتْ**) لو أدرك الصيد حيّاً ولم يقدر على خلاصه. قال في البيان: ولو ذكى الصائد الصيد والكلاب تنهشه، وهو لا يقدر أن يخلصه منها لأكل باتفاق. انتهى.

خليل: وفي هذا الاتفاق نظر، فإن من يشترط في التعليم الانزجار لا يرى أكل الصيد هنا، وهكذا قال اللخمي، والله أعلم.

وَالْمَنْفُوذُ مَقَاتِلُهُ يَضْطَرِبُ حَسَنٌ أَنْ تُفْرَى أَوْدَاجُهُ، وَإِنْ تَرَكَهُ أُكِلَ

إنما استحسن ذلك إراحة له. وقد اختلف في الحيوان الذي يؤكل إذا بلغ إلى حد الإياس، فأجاز ابن القاسم ذبحه إراحة، وقيل: بل يعقر ولا يذبح؛ لئلا يكون تشكيكاً للعوام في إباحة أكله، ومنع من ذلك ابن وهب.

فَلَوْ تَرَاخَى فِي اتِّبَاعِهِ فَإِنْ ذَكَّاهُ قِيلَ: إِنْ تُنْفَذْ مَقَاتِلُهُ أُكِلَ بِالذَّبْحِ لا بِالصَّيْدِ وَإِلا فَلا، إِلا أَنْ يَتَحَقَّقَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَتَرَاخَ لَمْ يُفِدْ، وَهَذَا يَظْهَرُ فِي السَّهْمِ ....

يعني: أنه يجب على الصائد اتباع جارحه رجاء أن يدركه حيّاً فيذبحه.

ابن عبد السلام: وظاهر ما حكاه ابن القصار عن مالك من جواز أكله إذا لم يتبعه ووجده ميتاً أن اتباعه من باب الأولى. وقوله: (**أُكِلَ بِالذَّبْحِ لا بِالصَّيْدِ**) ظاهر.

قوله: (**وَإِلا فَلا**) أي: وإن يدركه قبل إنفاذ المقاتل لم يؤكل إلا أن يتحقق أنه لو لم يتراخَ لم يلحقه فيؤكل بالعقر وإن تراخى. وربما يظهر في بعض الجوارح في سرعة جريه وشدة بطشه، وهو في السهم أظهر كما قال المصنف.

وَلَوْ غَابَ الْكَلْبُ وَالصَّيْدُ ثُمَّ وَجَدَهُ مَيْتاً فِيهِ أَثَرُ كَلْبِهِ أَوْ سَهْمِهِ أَكَلَهُ مَا لَمْ يَبِتْ، فَإِنْ بَاتَ لَمْ يَأْكُلْهُ وَلَوْ أُنْفِذَتْ مَقَاتِلُهُ، قَالَ مَالِكٌ: وَتِلْكَ السُّنَّةُ. وَعُورِضَ بِنَقْلِ خِلافِهِ وَانْفِرَادِهِ ....

اللخمي: وإذا أرسل على صيد ثم اتَّبعه وأعجزه حتى توارى عنه، ثم وجده قتيلاً، فهو على أربعة أوجه: يجوز أكله في وجهين: إذا عرف أنه الصيد المرسل عليه وإن لم يكن بازيُّه معه ولا فيه سهمه، أو وجد فيه سهمه أو معه بازيَّه أو كلبه، فإن لم يعرفه ولا وجد فيه سهمه ولا معه بازيَّه لم يؤكل، وهذا هو قول مالك عند ابن حبيب. ومثله إذا وجد معه بازيَّه ولم يعرفه، وبقربه صيد يشككه فيه، فقال ابن القاسم في العتبية: لا يؤكل. يريد إذا كان الاثنان قتيلين. وإن كان معه آخر حي أكل الميت؛ لأن الغالب أن المرسل أخذ ما رآه، وكذلك سهمه، إلا أن يتركه على التنزه. وهذا في البازي والكلب، وأما السهم فلا لأنه لا يتأتى منه التنقل.

قوله: (**فَإِنْ بَاتَ لَمْ يَأْكُلْهُ**) هو المشهور. قال في المدونة: وإن بات لم يأكله وإن أنفذت مقاتله الجوارح أو سهمه وهو فيه بعينه. قال مالك: وتلك السنة. وفي هذه المسألة غير مذهب المدونة أربعة أقوال: **أولها** لأصبغ وابن عبد الحكم: يؤكل وإن بات كان المصيد به جارحاً أو سهماً.

وثانيها لابن المواز: إن كان بسهم ووجد في مقاتله أُكل، وإن كان بجارح لم يؤكل.

وثالثها لمالك في مدونة أشهب: يكره، هكذا حمله اللخمي على ظاهره، وحمله بعضهم على التحريم.

ورابعها: حكاه اللخمي والمازري عن ابن الماجشون: إن وجده من الغد منفوذ المقاتل أُكل في السهم والجارح، وإن لم يجده منفوذ المقاتل لم يؤكل، وعلى هذا فالخلاف مطلق أنفذت مقاتله أم لا. وقصر ابن رشد الخلاف على ما إذا وجده من الغد منفوذ المقاتل. وعورض ما قاله مالك بنقل خلافه، وقد تقدم في حديث عدي الأكل بعد الثلاث، وفي بعض طرقه: كُلْهُ ما لم ينتن. وقوله: (**بانفراده**)، **ابن عبد السلام**: أي انفرد بنقل ما نسبه إلى السنة، وليس بصحيح؛ لأنه يوافقه في ذلك حديثان:

الأول: ذكره أبو داود في مراسيله، قال: جاء رجل بصيد للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني رميته من الليل، فأعياني ووجدت سهمي فيه من الغد، وقد عرفت سهمي، فقال: «**الليل خلق من خلق الله عظيم، لعله أعانك عليه شيء انبذها عنك**».

الثاني: ورد قريب منه في بعض طرق عدي انتهى بالمعنى. والظاهر أن المراد بالانفراد عدم الموافق له في مقالته؛ لأنه لم ينقل غيره ما نقل، فإنه لا عبرة بذلك. ونقل مالك وحده كافٍ في الثبوت.

وَإِنْ لَمْ يَبِتْ وَلَكِنَّهُ تَرَكَهُمَا وَرَجَعَ لَمْ يَأْكُلْهُ؛ إِذْ لَعَلَّهُ لَوْ طَلَبَهُ كَانَ يُدْرِكُ ذَكَاتَهُ

الضمير في (**تَرَكَهُمَا**) راجع إلى الصيد والجارح أو السهم، ولم يأكله لتفريطه.

وَلَوْ قَدَرَ عَلَى خَلاصِهِ مِنْهَا فَذَكَّاهُ وَهُوَ فِي أَفْوَاهِهَا لَمْ يُؤْكَلْ إِلا أَنْ يُوقِنَ أَنَّهُ مَاتَ مِنْ ذَبْحِهِ ....

لأنه لما قدر عليه تعينت الذكاة، واستثناء المصنف اليقين يمنع ما [٢٢٣/ أ] إذا ظن أنه مات من الذكاة، وهو المشهور كما تقدم. وقال في المدونة: ولو قدر على خلاصة منها فذكاه وهو في أفواهها تنهشه فلا يأكله؛ إذ لعله من نهشها مات، إلا أن يوقن أنه ذكاه وهو مجتمع الحياة قبل أن تُنفِذ هي مقاتله، فيجوز أكله وبئس ما صنع.

فرع: قال في المدونة: قال مالك رحمه الله: ومن رمى صيداً في الجو، فسقط فأدركه ميتاً، فأصاب السهم لم ينفذ مقاتله لم يؤكل؛ إذ لعله من السقطة مات. وكذلك إن رمى صيداً في الجبل فتردى من الجبل فمات لم يؤكل. ابن القاسم: إلا أن يكون قد أنفذت مقاتله بالرمية. وحمل بعض الشارحين على مالك أنه لا يؤكل الصيد ولو ذكاه وهو متيقن الحياة، خلاف ما نص عليه ابن القاسم.

ابن عبد السلام: وهو بعيد؛ لأن مالكاً علل منع الأكل بالشك، ولا شك مع اليقين. قال هذا الشارح: إذا ذبح البهيمة في جوف الماء أكلت. وقال ابن نافع: لا تؤكل، فألزم مالكاً التناقض بين المسألتين، ورأى أن قياس قوله في الصيد على ما فهمه: أنه لا يؤكل ما ذبح في الماء، وهذا الإلزام أيضاً ضعيف على تقدير تسليمنا له ما فاته في الكتاب، والفرق أن نهيش الكلاب أسرع قتلاً من الماء؛ لأن النهشة الواحدة تنفذ المقاتل، فلم يستويان. انتهى بمعناه. ومن هذا المعنى لو رماه فسقط في ماء. وفي الموازية والعتبية عدم الأكل فيمن رمى بسهم مسموم، قال: إذ لعل السم قتله أو أعان على قتله، وأخاف على مَن أكله.

وَلَوِ اشْتَغَلَ بِآلَةِ الذَّبْحِ وَهِيَ فِي مَوْضِعٍ يَفْتَقِرُ إِلَى تَطْوِيلٍ فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ أَوْ فِي كُمِّهِ وَشِبْهِهِ فَمَاتَ أُكِلَ ....

يعني: أن الصائد كما يلزمه أن يجدَّ في اتباع الصيد كذلك يلزمه أن يُعدَّ آلة الذبح في محل متيسر، وإن استصحبها في محل لا يصل إليه إلا بتطويل فلا يؤكل الصيد لتفريطه.

ابن عبد السلام: وخالف عبد الملك في اشتراط حمل السكين. وذكروا من مواضع الاستعداد اليد والكم والخف والحزام، ومن مواضع التفريط الخرج ويد غيره.

محمد: إلا أن يموت في قدر ما لو كانت شفرته في يده لم يدرك ذكاته فيؤكل.

فَلَوْ مَرَّ إِنْسَانٌ وَأَمْكَنَتْهُ الذَّكَاةُ فَتَرَكَهَا فَفَاتَ فَالْمَنْصُوصُ: لا يُؤْكَلُ وَيَضْمَنُهُ الْمَارُّ، وَقِيلَ: فِي ضَمَانِ الْمَارِّ قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّرْكَ كَالْفِعْلِ أَوْ لا

أي: إذا رمى صيداً أو أرسله عليه، فمر به إنسان وهو يتخبط وأمكنته الذكاة فلم يذكه حتى جاء صاحبه فوجده مات، لم يأكله لأن المار يتنزل منزلة ربه في كونه مأموراً بذكاته، فلما لم يذكه صار ميتاً. وإلى هذا أشار بقوله: (**فَالْمَنْصُوصُ: لا يُؤْكَلُ وَيَضْمَنُهُ الْمَارُّ**) أي: المنصوص لابن المواز. وأجرى ابن محرز وغيره من المتأخرين في تضمينه قولين، على الخلاف في الترك: هل هو كالفعل أم لا؟ أي: هل تركه كفعل التفويت أم لا؟ قيل: وعلى نفي الضمان فيأكله صاحبه. واختار اللخمي نفي الضمان، قال: وإن كان يجهل أنه ليس له أن يذكيه كان أبين في نفي الضمان، ولو مر بشاة يخشى عليها الموت، فلم يذبحها حتى ماتت، لم يضمن شيئاً؛ لأنه يخشى ألا يصدقه ربها أنه خاف عليها الموت فيضمنه، وليس كالصيد؛ لأنه يراد للذبح. انتهى.

واحترز بقوله: (**وَأَمْكَنَتْهُ الذَّكَاةُ**) مما إذا لم يره، أو رآه ولكن ليس معه ما يذكيه به، فإنه يؤكل ولا ضمان عليه، وكذلك قال اللخمي.

وَحُمِلَ عَلَيْهِ فُرُوعٌ كَتَرْكِ تَخْلِيصِ مُسْتَهْلَكٍ نَفْساً أَوْ مَالاً بِيَدِهِ أَوْ شَهَادَتِهِ أَوْ بِإِمْسَاكِ وَثِيقَةٍ، أَوْ بِتَرْكِ الْمُوَاسَاةِ بِخَيْطٍ لِجَائِفَةٍ وَنَحْوِهَا، أَوْ بِتَرْكِ الْمُوَاسَاةِ الْوَاجِبَةِ بِفَضْلِ طَعَامٍ أَوْ مَاءٍ لِحَاضِرٍ أَوْ مُسَافِرٍ أَوْ لِزَرْعٍ، وَكَذَلِكَ تَرْكُ الْمُوَاسَاةِ بِعُمُدٍ أَوْ خَشَبٍ فَيَقَعُ الْحَائِطُ قَبْلَ رَمِّهِ، أَمَّا لَوْ قَطَعَ وَثِيقَةً فَضَاعَ مَا فِيهَا ضَمِنَ، وَلَوْ قَتَلَ شَاهِدَيْ حَقٍّ احْتَمَلَ ....

أي: وحمل على هذا الخلاف فروع. وقوله: (**بِيَدِهِ**) متعلق (**تَخْلِيصِ**)، و(**نَفْساً**) منصوب على التمييز تقديره: كترك تخليص مستهلك من نفس أو مال بيده أو بشهادته، وتصور الفروع المذكورة ظاهر. وأما تقطيع الوثيقة فقال ابن بشير: لا يختلف في ضمانه،

قال: ودون هذا في المرتبة أن يقتل شاهديه اللذين يشهدان بالحق له، فإن هذا لم يتعدَّ على نفس الشهادة، وإنما تعدى على سببها، فهو بلا شك أضعف من الأول. وقوله: (**احْتَمَلَ**) أي: الخلاف بالضمان قياساً على الوثيقة وعدمه؛ لأنه قد لا يقصد قتلهما لإبطال الحق بالعداوة ونحوها، وقد نص متقدمو أهل المذهب على أن المرأة إذا قتلت نفسها كراهة في زوجها، وأرادت فسخ نكاحها أن الصداق لا يسقط. وكذلك إذا قتل سيد الأمة المتزوجة أمته. ونص في المدونة في كتاب حريم البئر على مسألة منع الماء، وأوجب فيه الدية، فقال في مسافرين مروا بماء فمنعهم أهله الشرب منه: أن للمسافرين قتال أهل الماء، وإن لم يقدر المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشاً فدياتهم على عواقل المانعين، والكفارة على كل نفس منهم على كل رجل من أهل الماء، مع وجيع الأدب، واختلف حيث قلنا: تجب المواساة [٢٢٣/ ب] بطعام أو نحوه مما ذكر هل بعوض أم لا؟ على قولين: مذهب المدونة ثبوته إذا كان معهم ثمن؛ لأن الواجب الإعطاء، ولم يقع الدليل على نفي الثمن.

ابن يونس: ولا يشترطوا عليهم في ثمنه. قال أشهب: في مثل هذا لا شيء عليهم إذا لم يكن معهم ثمن. وذكر اللخمي خلافاً هل يُتبعون إذا أيسروا أو لا؟ واستظهر بعضهم نفي العوضية؛ لأنه الأصل في الواجب.

بعض القرويين: إنما كانت الدية على عاقلة المانعين إذا مات المسافرون عطشاً؛ لأنهم لم يقصدوا قتلهم، وإنما تأولوا أن لهم منع مائهم، وذلك مما يخفى على بعض الناس. ولو قصدوا منعهم بعد علمهم بأن ذلك لا يحل، وأنهم إن لم يسقوهم ماتوا لأمكن أن يقتلوا بهم. وخرج اللخمي ذلك على الخلاف فيمن تعمد شهادة الزور في شهادته حتى قُتل بها المشهود عليه، فقد قيل: يقتل الشاهد، ومذهب المدونة: لا قتل عليه.

وَلَوْ غَصَبَ مَا صَادَ بِهِ، وَفَرَّعْنَا عَلَى أَنَّ الْمَنَافِعَ لِلْمَالِكِ فَإِنْ كَانَ عَبْداً فَلِمَالِكِهِ اتِّفَاقاً، وَإِنْ كَانَ كَالسَّيْفِ وَالشَّبَكَةِ وَالْحَبْلِ فَلِلْغَاصِبِ اتِّفَاقاً، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ، وَالْفَرَسُ كَالسَّيْفِ وَإِنْ كَانَ جَارِحاً فَعَلَى قَوْلَيْنِ، بِنَاءً عَلَى التَّشْبِيهِ بِهِمَا

أي: إذا فرعنا على المشهور فإنه لا غلة للغاصب، وإنما هي لرب المغصوب. وقوله في العبد: (**فَلِمَالِكِهِ اتِّفَاقاً**) معنى ذلك أنه ليس واجباً له على التعيين، وإنما هو مخير فيه أو في تركه وأخذ قيمة عمله، نص عليه ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون. وألحق ابن القاسم الجارح بالعبد، وألحقه أصبغ وسحنون بالفرس.

واختار اللخمي وابن رشد قول ابن القاسم؛ لأن الجارح هو الكاسب، وحكم الصائد تبع فكان الحكم لأقواهما سبباً، ويكون للغاصب بقدر تعبه.

فرع: قال ابن شعبان في رجلين أرسل أحدهما كلبين على صيد، وأرسل الآخر عليه كلباً واحداً، فإن الصيد يكون بينهما نصفين. وكذلك لو كان الكلب الواحد لرجلين؛ لواحد ثلثه وللآخر ثلثاه، فأرسلاه على صيد، فإن الصيد يكون بينهما نصفين.

اللخمي: وليس هذا أصل المذهب، بل المذهب قسمة الصيد على عدد الكلاب المرسلة، أو على نسبة الأجزاء في الكلب الواحد، كالعبد والدابة فإن منافعهما تقسم على قدر الإملاك في كل واحد منهما.

المازري: وهذا الذي أنكره على ابن شعبان، ورأى أنه ليس أصل المذهب، ليس كما ظن رحمه الله فقد اختلف في الكلب إذا غصب فصيد به، ففي أحد القولين أن الصيد للغاصب والكلب في حكم الآلة، فعلى هذا يكون الذي قاله ابن شعبان له وجه، وذلك إذا جعلنا فعل الكلب واقتناصه في حكم التبع، والصيد إنما حصل بالصائد فلذلك لم يعتبر تعدد الكلاب، والله أعلم.

وَأَمَّا لَوْ طَرَدَ طَارِدٌ الصَّيْدَ قَاصِداً أَنْ يَقَعَ فِي الْحِبَالَةِ وَلَوْلاهُمَا لَمْ يَقَعْ فَبَيْنَهُمَا بِحَسَبِ فِعْلَيْهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ وَهُوَ عَلَى إِيَاسٍ فَلِرَبِّهَا، وَعَلَى تَحْقِيقٍ بِغَيْرِهَا فَلَهُ ....

أي: إذا نصب شخص حِبالة، وهي الشرك، وفي معناه جميع ما ينصب للصيد من حفرة وغيرها، فطرده شخص ليقع في الحِبالة ولولا الطارد والناصب لم يقع، فالصيد بينهما بحسب فعليهما، فيقال: إذا كانت أجرة الناصب تساوي نصف درهم وأجرة الطارد تساوي درهماً فللطارد ثلثاه، وللناصب ثلثه. وقال أصبغ: يكون للطارد خاصة وعليه للناصب أجرة الحبالة. كمن رمى بسهم رجل فصاد به أو كلبه أو بازِيِّه.

عبد الحق: وهو القياس. وإنما استحسن ابن القاسم الشركة؛ لأن المبتغى من جميعهم هو الاصطياد، بخلاف التعدي على سهم الغير أو بازيه. قال في البيان: ولو قيل إن الصيد يكون للناصب، ويكون عليه للذين طردوا الصيد أجرة مثلهم إلا أن يشاء أن يسلم الصيد إليهم، قياساً على قول ابن القاسم في الذي يتعدى على كلب رجل أو بازيه، فيصيد به صيداً لكان قولاً. وقوله: (**وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ**) أي: إن لم يقصد الطارد إيقاعه في الحبالة وكان آيساً من أخذ الصيد، ثم اتفق وقوع الصيد في الحبالة، فهو لربها.

قوله: (**وَعَلَى تَحْقِيقٍ**)؛ يعني: وإذا كان الطالب أعيى الصيد، وتحقق أخذه ولم يرد إيقاعه فيها، فلما أشرف على أخذه وقع في المنصب، فهو للطارد.

اللخمي: ثم ينظر في أجرة الحبالة؛ فإن كان الطارد لم يردها لم يكن عليه أجرة لأنه كان في غنى عنها، وإن كان عالماً ورده إليها كان عليه الأجرة لأنه قصد الانتفاع بها. وفي البيان: انظر لو كانوا لما طردوه وأعيوه، وهم لا يريدون إيقاعه في المنصب، فلما أشرفوا على أخذه قصدوا إيقاعه في المنصب ليخفَّ عنهم في أخذه بعض التعب، فلم يقع في ذلك في العتبية ولا في الواضحة بيان. والذي ينبغي في ذلك أن يكون لهم ويكون عليهم لصاحب

المنصب قيمة انتفاعهم، وكذلك ينبغي أن يكون الجواب لو طردوا صيداً إلى دار رجل فأخذوه فيها. وقد حكى عبد الحق في ذلك عن بعض شيوخه قولين: **أحدهما**: أنه لا حق لصاحب الدار في ذلك؛ لأن الدار لم تُتخذ للصيد. **والثاني**: أن يكون معهم شريكاً [٢٢٤/ أ] فيه كالمنصب، وكلا القولين عندي بعيد، وما قالناه أولى. انتهى.

وقال ابن حارث: اتفق ابن القاسم وأشهب في الذي ينظر إلى صيد، فيتبعه ويطرده حتى يضطره إلى دار رجل، أنه للذي يطرده إلى دخول الدار، ولا شيء فيه لصاحب الدار. واختلفا إذا لم يطرده للدار، وكان الصيد هو الذي دخل دار الرجل، فقال ابن القاسم: هو لصاحب الدار خاصة. وقال أشهب: هو للذي كان يتبعه خاصة. انتهى.

وَيُمَلَّكُ بِالصَّيْدِ، وَلَوْ نَدَّ الصَّيْدُ لِصَاحِبِهِ فَصَادَهُ ثَانٍ، فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: إِنْ طَالَ وَلَحِقَ بِالْوَحْشِ فَلِلثَّانِي ....

يملك الصائد بالاصطياد؛ لأنه مباح في الأصل، فلو ند بعد أن صيد فصاده آخر فقال اللخمي والمازري وصاحب الجواهر: إن كان تأنس عند الأول وأخذه الثاني قبل أن يتوحش كان للأول اتفاقاً. **اللخمي**: واختلف إذا كان أَخْذُ الثاني له بعد أن توحش، أو كان ندوده قبل أن يتأنس على ثلاثة أقوال: فقال مالك هو للآخذ، وبه أخذ ابن القاسم. وقال مرة: إذا نَدَّ بعد أن تأنس كان للأول ولو توحش، وإن نَدَّ قبل أن يتأنس عند الأول فهو للثاني، وبه أخذ ابن الماجشون. وقال ابن عبد الحكم: هو للأول وإن لم يتأنس عنده، ولا يزول ملكه عنه وإن قام عشرين سنة. وهو أبين لأن الأول قد تقدم ملكه عليه بنفس أخذه، وانفلاته لا يزيل ملكه بمنزلة لو كان عبداً فأبق. انتهى.

وفي الجواهر: مذهب الكتاب أنه للثاني في الصورتين. وعلى هذا فإطلاق المصنف الخلاف ليس بجيد، وكذلك ما شهره مخالف لمذهب الكتاب على ما قاله في الجواهر، ولما أخذ به ابن القاسم على ما قاله اللخمي. وفي بعض النسخ إسقاط المشهور وهو أولى،

لكن في أخذ الصورتين من لفظ المدونة نظر؛ لأن الذي فيها: وإذا دجن عندك صيد ثم ند فصيد بحدثان ما ند ولم يتوحش فهو لك، وإن لم يؤخذ بحدثانه وقد لحق بالوحش، فهو لمن صاده ظبياً كان أو بازيّاً أو غيره. انتهى.

فأنت تراه لم يتكلم على ما إذا لم يتأنس عند الأول بشيء، سواء لحق بالوحش أم لا، ولهذا عين المازري المشهور فيما إذا تأنس ولحق بالوحش، فقال: إن لحق بالوحش وصار من جملته بعد التأنس فالمشهور من المذهب أنه للثاني. وقال ابن عبد الحكم: إنه للأول. واختلف أيضاً إذا لحق بالوحش قبل أن يتأنس عند الأول، فقال محمد بن عبد الحكم: هو للأول. وقيل: هو للثاني. وفي الذخيرة: اتفقوا على الحربي يؤسر ثم يأبق إلى بلاد الحرب ثم يؤسر أنه للأول، وهو شديد الشبه بالصيد. وفرق بعض أصحابنا بأن الحربي له من يمنعه، والصيد بقي دون مانع كموات الأرض إذا حيي ثم خرب. انتهى. وحكى في الجواهر قولاً رابعاً، فقال بعد ذكر الثلاثة: وقيل: إن طال مقامه عن الأول فهو للثاني، وإن لم يطل فهو للأول.

واعلم أن قول المصنف في القول الثالث: (**طَالَ**) ليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أنه إنما يكون للثاني لمجموع الطول والتوحش، ومذهب المدونة الاكتفاء بالتوحش، ولهذا لم يذكر صاحب الجواهر الطول في القول الثالث، وحيث حكمنا به للأول فالمنصوص أنه يغرم للثاني أجر تعبه في تحصيله، واعترض بمسألة الآبق، فإنهم لم يجعلوا له جُعلاً إلا بشرط أن يكون شأنه طلب الإباق.

خليل: وقد يفرق بأن ملك الثاني للصيد قوي بدليل أنه له على بعض الأقوال، وهو لم يدخل إلا على تملكه، فإذا لم يقض له به فلا أقل من أن يأخذ أجر تعبه، بخلاف العبد لأنه إن أخذه دخل على أنه لغيره فهو متبرع.

وَعَلَيْهِ فِي تَعْيِينِ مُدَّعِي الطُّولِ قَوْلانِ

ظاهره، وعلى الثالث في كلامه: وإنما جعله في الجواهر مفرعاً على الرابع، وإنما جاء هذا والله أعلم من إتيان المصنف بقوله: (**طَالَ**) في القول الثالث، ولهذه المسألة صورتان: **إحداهما**: أن يقول الثاني: ندَّ منك عن بعد، ويقول الأول: بل ند عن قرب. **والثانية**: أن يقول الأول: ند مني عن قرب، ويقول الثاني: لا أدري. ونص في الجواهر على أن الخلاف فيهما متحد، وأن مذهب ابن القاسم أنه للثاني فيهما، ومذهب سحنون أنه للأول فيهما، وسبب الخلاف تعارض أصلين؛ وهما: وضع اليد، واستصحاب الملك الأول. وحمل ابن عبد السلام كلام المصنف على الأولى، وحمله ابن هارون على الثانية. وما قاله ابن عبد السلام أظهر؛ لأن الأول في الصورتين لا يدعي الطول. والمصنف قال: (**مُدَّعِي الطُّولِ**)، وذلك لا يمكن إلا إذا ادعى الثاني الطول.

فَلَوْ نَدَّ مِنْ مُشْتَرٍ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُهَا، وَقَالَ ابْنُ الْكَاتِبِ: لِلْمُشْتَرِي

يعني: أن المسألة الأولى مفروضة فيما إذا ند من صائد، وأما لو ند من مشتر فقال ابن المواز: هو للآخر. وهكذا نقل التونسي واللخمي عنه. وكلام المصنف يوهم أن محمداً قال: إن الأقوال السابقة تأتي هنا، وقد أجراه ابن عبد السلام على ظاهره من أن محمداً أجرى الأقوال. وقال ابن الكاتب: بل يكون هذا للأول على كل حال قياساً على من أحيا ما دثر مما أحياه غيره بعد أن اشتراه، بخلاف الصورة الأولى فإنه بمثابة من أحيا ما دثر مما أحياه غيره من غير شراء.

ابن عبد السلام: وفي التشبيه نظر؛ لأن الشراء إن كان من مالك كان ذلك مانعاً من إلحاق [٢٢٤/ ب] مسألة الصيد بها، وإن كان ممن حجر فالموات لا يستحق بالتحجير فلا أثر للتحجير عندنا بالبيع في غير محل.

خليل: وفي كلامه نظر، والظاهر أن ابن الكاتب لم يرد ما ذكره، بل مراده: من اشترى ممن ملك بإحياء ثم دثر، ولا شك أنه كالصيد، والله أعلم.

وَلَوْ رَأَى وَاحِدٌ مِنْ جَمَاعَةٍ صَيْداً فَبَادَرَ غَيْرُهُ فَلِلْمُبَادِرِ، فَإِنْ تَنَازَعُوا وَكُلٌّ قَادِرٌ فَلِجَمِيعِهِمْ

لأن الصيد إنما يملك بوضع اليد عليه لا بالنظر. وأما الثانية فإنما جعل لهم قطعاً للنزاع ولعدم ترجيح بعضهم.

وَمَا قُطِعَ مِنَ الصَّيْدِ إِنْ كَانَ نِصْفَهُ أَوْ كَثِيراً مِنْهُ أُكِلَ، وَإِنْ كَانَ يَسِيراً لَمْ يُؤْكَلْ، وَإِنْ قَتَلَ عَلَى الْمَشْهُورِ بِخِلافِ الرَّأْسِ فَإِنَّهُ يُؤْكَلُ مَعَهُ

حاصله: إن قطع النصف أو الأكثر أكل الجميع، وإن قطع الأقل فهو على قسمين: إن أمكن أن يعيش معه لم يؤكل المقطوع اتفاقاً، وأما بقيته فتؤكل بلا خلاف. والأصل فيه ما رواه الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**ما أُبِينَ من حيٍّ فهو ميِّت**»، وإن لم يمكن أن يعيش معه فهو أيضاً على قسمين:

إما أن يكون عدم الحياة من نفس القطع، وفيه قولان: المشهور: أنه لا يأكله، وفي الجلاب الأكل، قال: وإن قطع رأسه أو وسطه أو ما لا حياة له بعده جاز أكله.

وإما أن يكون بسبب منفصل كما لو قطع خطمه، فإن كان ذلك سبباً للموت لا من نفس القطع، بل لأنه سبب للجوع اللازم عن القطع ولو قدر أن يجعل في حلقه ما يتغذى به لعاش، فهو ملحق بما لا يكون عنه موت.

ابن عبد السلام: وهذه طريقة البغداديين، ومال إليها كثير من المغاربة، وجمهور المتقدمين على أن اليسير لا أثر له إلا أن يكون الرأس.

ابن هارون: فإنه يؤكل اتفاقاً. انتهى. وفي الموازية قال مالك وربيعة: ومن رمى صيداً فأبان وركيه مع فخذيه فلا يؤكل ما أبان منه وليأكل باقيه، وكذلك لو قطع يديه أو رجليه. وفي

العتبية عن ابن القاسم: كل ما ضربه من الوركين إلى الرأس فجزَّ له جزتين فليؤكل جميعه، ولو أبان فخذيه ولم تبلغ ضربته إلى الجوف فلا يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما بقي. زاد ابن حبيب: وإن أبين العجز مع ذلك. قال في البيان: والصواب أكل الجميع وإن أبين العجز؛ لأنه لا يعيش بعد العجز. **ابن يونس وغيره**: وليس ما في الموازية مخالفاً لما في العتبية، وإنما معنى ما في الموازية أنه لم يبلغ الجوف، وحمله بعضهم على الخلاف، وأن مذهب ابن القاسم اعتبار وصول القطع إلى الجوف، فيحصل في معنى القطع نصفان، ولا يشترط ذلك على ما في الموازية، ومرادهم بالبائن: ما أُبين بالكلية أو بقي معلقاً بالجلد أو مع يسير من اللحم، وأما لو بقي بحيث يعلم أنه يلتحم فإنه يؤكل جميعه. نص على ذلك في الموازية.

فائدة: قال اللخمي: فعل الجارح من الكلاب والبزاة بالصيد ذكاة بتسعة شروط: ثلاثة في الجارح: وهو أن يكون معلماً، وخرج بإرسال من هو في يده، ومضى لما أرسل عليه ولم يشتغل عنه، وثلاثة في المرسل عليه: وهو أن يكون الصيد في موضع لا يقدر على أخذه إلا بذلك، أو يراه البازي أو الكلب ليس في غيضة ولا أكمة، ويكون موته من جراحته ليس من صدمته، ولا خوف منه، وثلاثة في المرسل: وهو أن يكون جاء في طلبه لم يرجع عنه، وأن تصح ذكاته، وأن يكون مسلماً. فهذه جملة متفق عليها، وإن انخرم منها شيء لم يؤكل، وفي بعضها خلاف.

* * *

الذَّبَائِحُ

جمع ذبيحة. **الجوهري**: والذَّبيح: المذبوح والأنثى ذبيحة، وثبتت التاء لغلبة الاسمية. والذبح مصدر ذبحت الشاة، والذِّبح بالكسر: ما يذبح قال الله تعالى: ﴿ وَفَدَيْنَهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ ﴾ [الصافات: ١٠٧].

وقال غيره: **والذَّبح** في اللغة: الشق، وفي الشرع: شق خاص، فيحتمل أن يكون من باب التواطؤ ويحتمل أن يكون من باب الاشتراك.

وحكمة مشروعية الذبح إزهاق النفس بسرعة واستخراج الفضلات. ولما قضى الله تعالى على خلقه بالفناء وشرف بني آدم بالعقل أباح لهم أكل الحيوان؛ قوة لأجسامهم وتصفية لمرآة عقولهم، وليستدلوا بطيب لحمها على كمال قدرته تعالى، وليتنبهوا على أن للمولى بهم عناية؛ إذ آثرهم بالحياة على غيرهم.

وَالإِجْمَاعُ عَلَى تَحْرِيمِ الْمَيْتَةِ وَإِبَاحَةِ الْمُذَكَّى الْمَأْكُولِ، وَالنَّظَرُ فِي الذَّابِحِ، وَالْمَذْبُوحِ، وَالآلَةِ، وَالصِّفَةِ ....

ذكر المصنف هذه المقدمة؛ لأنه إذا كانت الإباحة متوقفة على الذكاة يجب الاعتناء بها، والمراد بالمأكول: المباح، فيصير تقدير كلامه: وإباحة المذكى المباح، وذلك غير سديد.

وقوله: (**وَالنَّظَرُ فِي الذَّابِحِ... إلخ**) يعني أن أركان هذا الباب أربعة، ثم شرع فيها الأول فالأول.

وَتَصِحُّ ذَكَاةُ الْمُسْلِمِ الْمُمَيِّزِ، فَيَخْرُجُ الْمَجْنُونُ، وَالسَّكْرَانُ، وَالْمُرْتَدُّ عَنِ الإِسْلامِ، وَالْمَجُوسِيُّ، وَالصَّابِيُّ ....

أي: تصح ذكاة المسلم المميز باتفاق، وأخرج بالمسلم المرتد والمجوسي والصابئ، ولا فرق في المرتد بين أن يرتد إلى دين أهل الكتاب أو لا.

وقال اللخمي: ينبغي أن تصح ذكاة المرتد إلى أهل الكتاب؛ لأنه صار من أهل الكتاب، وإن صار غير معصوم الدم كالحربي، وأباح أهل المذهب ذبيحة السامرية، وهم صنف من اليهود وإن أنكروا البعث، لكن إنما ينكرون بعث الأجساد ويقرون ببعث الأرواح، وهذا عليه جماعة من اليهود، ومنعوا ذبيحة الصابئين؛ لأنهم بين النصرانية [٢٢٥/ أ] والمجوسية. **ابن بشير**: وقليل من رأيت يطلع على مذهبهم، لكن الذي يتحصل منه أنهم موحدون ويعتقدون تأثير النجوم وأنها فعالة.

وعن مجاهد أن الصابئين بين اليهود والمجوس، وعن قتادة أنهم يعبدون الملائكة ويصلون للشمس كل يوم خمس مرات، وينبغي لمن نزل به شيء من أمرهم أن يبحث عن معتقدهم.

وقال الطرطوشي: لا تؤكل ذبيحة الصابئ، وليست بحرام كتحريم ذبائح المجوس.

ابن المواز: وتؤكل ذبيحة النصراني العربي والمجوسي إذا تنصر، ولهذا قال المصنف: **(وَالْمُرْتَدُّ عَنِ الإِسْلامِ)** ليفهم أن الارتداد عن غيره غير مؤثر.

وأخرج المصنف بقوله: **(الْمُمَيِّزِ)** الصبي غير المميز، والمجنون، والسكران، فلا تصح ذكاتهم؛ لأن الذكاة تفتقر إلى نية بإجماع، والنية لا تصح منهم.

وفي البيان: ستة لا تجوز ذبائحهم، وستة تكره، وستة يختلف في ذبائحهم. أما الستة الذين لا تجوز ذبائحهم: الصغير الذي لا يعقل، والمجنون في حال جنونه، والسكران الذي لا يعقل، والمجوسي، والمرتد، والزنديق.

والثانية: الصغير المميز، والمرأة، والخنثى، والخصي، والأغلف، والفاسق.

والثالثة: تارك الصلاة، والسكران يخطئ ويصيب، والبدعي الذي يختلف في تكفيره، والعربي النصراني، والنصراني يذبح للمسلم بأمره، والعجمي يجيب إلى الإسلام قبل البلوغ.

وَتَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْمَرْأَةِ، مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: أن الصبي المميز والمرأة إن اضطر إلى تذكيتهما جازت وصحت، فإن لم يضطر فظاهر المذهب أن في صحة تذكيتهما قولين، والقول بعدم الصحة غير معلوم في المذهب.

ابن عبد السلام: والذي حكاه غيره أن الخلاف إنما هو في الكراهة، ونفي الكراهة مذهب المدونة. والكراهة لمالك في الموازية.

ابن بشير: وفي المذهب رواية بعدم الصحة، وهي محمولة على الكراهة.

وعن مالك: تذبح المرأة أضحيتها ولا يذبح الصبي أضحيته، فرأى بعضهم أن هذا يدل على أن ذبيحة الصبي أشد كراهة.

وحكى اللخمي عن أبي مصعب قولاً آخر بالكراهة مطلقاً، وإن كان من ضرورة.

وَفِي الصَّبِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ يُسْلِمُ أَوْ يَرْتَدُّ قَوْلانِ

تقديره: أو الصبي المسلم يرتد، وحذف ذلك لقرينة الارتداد؛ لأنه إنما يستعمل عرفاً في المرتد عن الإسلام. ومنشأ الخلاف إن نظرنا إلى حالها وقت الذبح أكلنا ذبيحة الذي أسلم ولم نبح ذبيحة المرتد، وإن راعينا الأصل انعكس الحكم.

ومذهب المدونة عدم أكل ذبيحة من ارتد قبل البلوغ، وذكر المصنف في باب الردة أن الأصح الحكم بإسلام المميز.

وَأَمَّا الْكَافِرُ الْكِتَابِيُّ بَالِغاً أَوْ مُمَيِّزاً، ذَكَراً أَوْ أُنْثَى، ذِمِّيّاً أَوْ حَرْبِيّاً مِمَّنْ لا يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ إِنْ ذَبَحَ لِنَفْسِهِ مَا يَسْتَحِلُّهُ فَمُذَكًّى ....

في المدونة: ورجال الكتابيين ونساؤهم وصبيانهم إذا أطاقوا الذبح سواءٌ في إجازة أكلها، ولا شك على القول بكراهة ذبيحة الصبي المميز والمرأة المسلمَين في كراهة ذكاتهما هنا.

واحترز بقوله: (**مِمَّنْ لا يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ**) ممن يستحلها وسيأتي حكمه. وعدل المصنف عن أن يقول: الشراء من ذبائحهم، والأصل في هذا أن الله تعالى أباح لنا طعامهم.

وَمَا لا يَسْتَحِلُّهُ إِنْ ثَبَتَ بِشَرْعِنَا كَذِي الظُّفُرِ فَمَشْهُورُهَا التَّحْرِيمُ، وَإِلا فَالْعَكْسُ

يعني: أن في المسألتين ثلاثة أقوال: التحريم فيهما؛ لأنه ليس من طعامهم فلا يحل لنا، ولأن الذكاة تفتقر إلى نية وهم لم ينووها.

والثاني: الإباحة فيهما، وهو قول ابن وهب وابن عبد الحكم نظراً إلى وجوب الذكاة: قد انتسخ شرعهم بشرعنا، والمشهور الفرق.

فما ثبت تحريمه عليهم بشرعنا فهو حرام كذي الظفر، وما لم يثبت تحريمه بشرعنا فهو جائز، كالذي يجدونه فاسد الرئة ويسمى الطريقة.

وزاد ابن بشير قولاً ثالثاً فيما ثبت تحريمه بشرعنا بالكراهة، وهو يؤخذ من بعض النسخ، كقول المصنف: (**فَمَشْهُورُهَا التَّحْرِيمُ**).

وذكر في المدونة في الطريقة قولين: مرة على الكراهة ولم يحرمه، وعلى هذا ففي قوله: (**وَإِلا فَالْعَكْسُ**) نظر؛ لأنه يقتضي أن المشهور الجواز، إذ هو عكس التحريم حقيقة، والذي رجع إليه مالك الكراهة. ورأى صاحب البيان أنه لا يحل لنا أكل ما ذبحوه من ذي الظفر بلا خلاف، وأن ما وقع مما يوهم خلاف ذلك فهو راجع إليه.

فرع: اختلف في شحوم اليهود، فحكى اللخمي فيها الثلاثة الأقوال التي تقدمت فيما ثبت تحريمه عليهم بشرعنا، وزاد رابعاً بالفرق وبجواز الشحم لأن الذكاة لا تتبعض، بخلاف ما ثبت تحريمه بشرعنا. والقول بتحريمه لمالك في كتاب محمد، ونسب لابن القاسم وأشهب في المبسوط الجواز. وهو قول ابن نافع.

ابن شاس: والمشهور من قول ابن القاسم كراهته، وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب.

ابن حبيب: لا يؤكل من طعامهم ما حرم الله عليهم، فمنه كل ذي ظفر؛ الإبل وحمر الوحش والنعام والإوز، وكل ما ليس بمشقوق الظلف ولا منفرج القائمة، وشحوم البقر والغنم الشحم الخالص كالثَّرْب والكِلاء وما لصق بالقَطِنَة وما أشبهه من الشحم المحض.

وَأَمَّا مَنْ يَسْتَحِلُّ الْمَيْتَةَ فَإِنْ غَابَ عَلَيْهَا لَمْ تُؤْكَلْ

كالفرنج فإنهم يستحلونها، ويلحق بمن عُلم منه استحلال الميتة من شك فيه، قاله في الجواهر. ومفهوم قوله: (**فَإِنْ غَابَ**) أنه لو لم يغب عليها لأبيح لنا الأكل وبذلك صرح الباجي [٢٢٥/ ب] وصاحب الذخيرة. والقياس: ألا تؤكل على ما قاله الباجي في تعليل ما حرم على أهل الكتاب، من أن الذكاة لا بد فيها من النية، وإذا استحل الميتة فكيف ينوي الذكاة؟ وإن ادعى أنه نواها فكيف يصدق؟! انتهى.

ونقل ابن العربي الجواز فيما قتلوه، وإن رأينا ذلك لأنه من طعامهم. واستبعد؛ لأن معنى طعامهم: الحلال لهم، وأهل شرعهم مطبقون على تحريم ذلك.

وَإِنْ ذَبَحَ الْكِتَابِيُّ لِمُسْلِمٍ فَفِي الصِّحَّةِ قَوْلانِ

إذا ذبح الكتابي ذبيحة لمسلم، ففي جواز أكلها ومنعها قولان لمالك.

وَما ذُبِحَ لِعِيدٍ أَوْ كَنِيسَةٍ كُرِهَ بِخِلافِ مَا ذُبِحَ لِلأَصْنَامِ

قوله: (**لِعِيدٍ أَوْ كَنِيسَةٍ**) يريد لعيسى أو لجبريل، زاد ابن حبيب: أو للصليب.

ابن المواز: لأن مالكاً خاف أن يكون داخلاً في عموم قوله تعالى: ﴿ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ﴾ [البقرة: ١٧٣]، ولم يحرمه لعموم قوله تعالى: ﴿ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ﴾ [المائدة: ٥]، والكراهة ظاهر المذهب.

وقال سحنون وابن لبابة: هو حرام، ورأيا أنه مما أُهل به لغير الله، وأجازه ابن وهب من غير كراهة ورآه من طعامهم.

وأما الذبح للأصنام فلا خلاف في المذهب في تحريمه. نقله ابن عبد السلام؛ لأنه مما أُهل به لغير الله.

وسئل مالك عن الطعام يتصدق به النصراني عن موتاهم، فكره للمسلم قبوله، قال: لأنه يُعمل تعظيماً لشركهم.

ابن القاسم: وكذلك من أوصى منهم أن يباع من ماله شيء للكنيسة، فلا يجوز للمسلم أن يشتريه.

ابن شهاب: ولا ينبغي الذبح للعوامر من الجان، «وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الذبح للجان».

وَكَرِهَ مَالِكٌ الشِّرَاءَ مِنْ ذَبَائِحِهِمْ، وَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا يَكُونُوا جَزَّارِينَ وَلا صَيَارِفَةً، وَيُقَامُونَ مِنَ الأَسْوَاقِ كُلِّهَا ....

هذا مختصر من المدونة؛ لأنهم لا ينصحون المسلمين، ولأن مصارفتهم قد توقع في الربا.

مطرف وابن الماجشون: وينهى المسلمون عن الشراء منهم، ومن اشترى منهم لم يفسخ شراؤه وهو رجل سوء، إلا أن يكون ما اشترى منهم مثل الطريقة وغيرها مما لا يأكلونه فيفسخ شراؤه.

وكره مالك في العتبية بيع الجزرة من النصراني وهو يعلم أنه يريدها للذبح في أعيادهم.

قيل لمالك في العتبية: أيكري المسلم الدواب والسفن إلى أعيادهم ؟ قال يجتنبهم أحب إلي.

وفي المدونة في باب الإجارة: ولا يكري إبله وسفينته لهذا.

قال في البيان: وهذا كما قال؛ لأن ذلك مكروه ليس بحرام، قال: وروي عن مالك إجازة البيع لهم لأعيادهم، وهذا على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة، فلا يكون قد أعانهم على معصية، وأما الكراهة فتأتي على خطابهم.

فرع:

من العتبية: سمعت مالكاً يقول: أكره جبن المجوس؛ لما يجعل فيه من أنافح الميتة، وأما السمن والزيت فلا أرى به بأساً.

قال في البيان: لفظة "أكره" فيها تجوز، وفي موضع آخر منها سئل مالك عن جبن الروم فقال: ما أحب أن أحرم حلالاً، وأما أن يكرهه رجل في خاصة نفسه فلا أرى بذلك بأساً، وأما أني أحرمه على الناس فلا أدري ما حقيقته! قد قيل لي: إنهم يجعلون فيه أنفحة الخنزير وهم نصارى، وما أحب أن أحرم حلالها، وأما أن يتقيه الرجل في خاصة نفسه فلا أرى بذلك بأساً. انتهى.

وكذلك قال التونسي: ما كان من عمل المجوس فلا يؤكل حتى يتيقن حلاله، وما كان من عمل أهل الكتاب فهو على الإباحة حتى تتبين نجاسته.

ونقل عن مالك أنه قال: أحب إلي غسل آنية النصراني وأن تسألهم عما قربوا إليك من الطعام وطيبه، وأما القدور التي يطبخون فيها فأحب أن يغلي فيها الماء حتى يذهب ودكها لأكلهم الميتة والخنزير.

ولا يؤكل جبن المجوس لعملهم فيه أنفحة الميتة إلا ما لم يغيبوا عليه، وأما اللبن والزبد فإن كانت آنيتهم نظيفة فكل، وإن شككت فدع. وقد مال صاحب الذخيرة إلى تحريم قديد الروم وجبنهم، قال: لا يختلف اثنان ممن باشر وسافر أن الإفرنج لا تتوقى الميتة، ولا تفرق بينها وبين الذكية، وأنهم يضربون الشاة حتى تموت، ويسلون رؤوس الدجاج. وقد صنف الطرطوشي في تحريم جبن الروم كتاباً وهو الذي عليه المحققون، فلا ينبغي لمسلم أن يشتري من حانوت فيه شيء منه؛ لأنه ينجس الميزان والبائع والآلة.

الْمَذْبُوحُ: الأَنْعَامُ - الْجَلاَّلَةُ وَغَيْرُهَا - وَمَا لا يَفْتَرِسُ مِنَ الْوَحْشِ مُبَاحٌ، وَالْخِنْزِيرُ حَرَامٌ

هذا هو الركن الثاني، والمراد بالأنعام: الإبل والبقر والغنم، وما ذكره في الجلالة هو المشهور.

وفي اللخمي في باب الطهارة: واختلف في الحيوان يصيب النجاسة هل ينقله عن حكمه قبل أن يصيب تلك النجاسة؟ فقيل: هو على حكمه في الأصل في أسآرها وأعراقها ولحومها وألبانها وأبوالها، وقيل: ينتقل، وجميع ذلك نجس. انتهى. وقد نقل عن ابن حبيب الكراهة.

وفي البيان: اتفق العلماء على أكل ذوات الحواصل من الجلالة واختلفوا في ذوات الكرش، فكره جماعة من السلف أكل الجلالة منها وشرب ألبانها؛ لما روي «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الجلالة وألبانها»، ولا خلاف في المذهب أن أكل لحم الماشية والطير التي تتغذى بالنجاسة حلال جائز. وإنما اختلفوا في الألبان والأعراق والأبوال. انتهى. **ابن عبد السلام**: وكلام اللخمي [٢٢٦/ أ] هو الصحيح. انتهى بمعناه.

وقوله: (**وَمَا لا يَفْتَرِسُ مِنَ الْوَحْشِ مُبَاحٌ**) كالغزلان وبقر الوحش وكلامه ظاهر.

وَأَمَّا مَا يَفْتَرِسُ مِنَ الْوَحْشِ فَالتَّحْرِيمُ وَالْكَرَاهَةُ، وَثَالِثُهَا: مَا يَعْدُو حَرَامٌ كَالأَسَدِ وَالنَّمِرِ، وَالآخَرُ مَكْرُوهٌ كَالضَّبُعِ وَالْهِرِّ ....

التحريم مذهب الموطأ لما خرجه مالك وغيره من قوله صلى الله عليه وسلم: «**أكل كل ذي ناب من السباع حرام**».

(**وَالْكَرَاهَةُ**) هي التي يحكيها العراقيون عن المذهب، وهو ظاهر المدونة لقوله: ولا أحب أكل الضبع والثعلب ولا الذئب ولا الهر الوحشي ولا الإنسي ولا شيء من

السباع. لقوله تعالى: ﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم: «**أكل كل ذي ناب من السباع**» على أنه مصدر أضيف إلى الفاعل فيكون كقوله تعالى: ﴿ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ ﴾ [المائدة: ٣]، والظاهر في الضبع الإباحة لما في الموطأ عن عمر أن فيه كبشاً وذلك يدل على أنه صيد لا سبع.

والقول الثالث حكاه ابن حبيب عن المدنيين من أصحاب مالك.

ولصاحب الإكمال طريقة أخرى وهو أنه لا يختلف المذهب فيما لا يعدو أنه مكروه، وليس بحرام.

والافتراس لا يختص بالآدمي فالهر مفترس باعتبار افتراس الفأر، والعداء خاص بالآدمي فهو أخص.

وَأَمَّا مَا يُذْكَرُ أَنَّهُ مَمْسُوخٌ كَالْفِيلِ وَالْقِرْدِ وَالضَّبِّ فَفِي الْمَذْهَبِ الْجَوَازُ لِعُمُومِ الآيَةِ، وَالتَّحْرِيمُ لِمَا يُذْكَرُ أَنَّهُ مَمْسُوخٌ ....

وفي بعض النسخ (**فثالثها الجواز**) أي: ثلاثة أقوال: التحريم، والإباحة، والكراهة، وزاد ابن شاس مع ما ذكره المصنف الدب والقنفذ، والذي حكاه اللخمي وابن بشير قولان: الإباحة والتحريم، والكراهة إنما حكاها ابن شاس على الباجي في القرد. والقول بتحريمه في الواضحة، وهو قول ابن المواز، قال: لا يحل ثمن القرد ولا كسبه، وما سمعت من مالك ولا أصحابه فيه شيئاً. قال: وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه نهى عن ثمنه. وجلب من الشام إلى المدينة قرد فأمر به عمر أن يخرج إلى الموضع الذي جلب منه. وقال ابن شعبان: لا يباع، وقد سئل عنه مالك، فقال: ليس من بهيمة الأنعام. وقد أجاز بعض أصحابنا أكله إذا كان يرعى الكلأ.

وقال الباجي: الأظهر عندي من مذهب مالك وأصحابه أنه ليس بحرام لعموم الآية، قال: وإن كانت كراهة فلا اختلاف فيه.

وقال ابن عبد البر: لا أعلم خلافاً بين العلماء أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه؛ لأنه لا منفعة فيه. انتهى. وحكى ابن المنذر عن مالك كراهة أكل القنفذ، والصحيح في الضب الجواز؛ لما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال: دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتي بضب محنوذ، فأهوى إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده، فقال بعض النسوة اللاتي في بيت ميمونة: أخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما يريد أن يأكل، فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده، فقلت: أحرام هو يا رسول الله؟ فقال: «**لا ولكنه لم يكن بأرض قومي، فأجدني أعافه**»، قال خالد: فاجتررته فأكلته والنبي صلى الله عليه وسلم ينظر.

والمحنوذ: المشوي. وفي بعض طرق مسلم أنه قال: «**لا أدري لعله من القرون التي مسخت**».

ومن هنا تعلم أن الصحيح في جميع ما ذكره المصنف الإباحة؛ لأنه صلى الله عليه وسلم علل ذلك بقوله: «**لعله من القرون التي مسخت**». وأكل بحضرته، ولأن الله تعالى لما مسخه زالت حرمته، ولا تبعد الكراهة على أصل المذهب مراعاة للخلاف.

وَفِي الْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ التَّحْرِيمُ وَالْكَرَاهَةُ، وَفِي الْخَيْلِ ثَالِثُهَا: الْجَوَازُ، وَاسْتَدَلَّ مَالِكٌ عَلَى الْمَنْعِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: {لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً} ....

المشهور في البغال والحمير المنع، والكراهة أيضاً مروية عن مالك.

الطرطوشي: وانعقد مذهب مالك - في إحدى الروايتين وهي رواية العراقيين - أن من الفيل إلى النملة عدا ما استثنته الآية إما مكروه أو مباح، ونحو هذه العبارة نقلها صاحب البيان عن ابن بكير.

وظاهر الموطأ في الخيل الحرمة؛ لأنه قال: أحسن ما سمعت في الخيل زينة، والبغال والحمير أنها لا تؤكل لقوله تعالى: ﴿ وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ [النحل: ٨]. انتهى.

أي لأن الله تعالى ذكرها في سياق الامتنان، وذلك يوجب ذكر جميع منافعها، ولو كانت تؤكل لذكره كما ذكره في الأنعام، ولما اقتصر فيها على الركوب والزينة فهم أن ذلك هو تمام المقصود منها.

وَفِيهَا: وَيَجُوزُ أَكْلُ الضَّبِّ وَالأَرْنَبِ وَالوَبْرِ وَالْضَرَابِيبِ وَالْقُنْفُذِ، وَلا أُحِبُّ أَكْلَ الضَّبُعِ، وَالثَّعْلَبِ، وَالذِّئْبِ، وَالْهِرِّ الْوَحْشِيِّ وَالإِنْسِيِّ، وَلا شَيْءٍ مِنَ السِّبَاعِ ....

ذكر هذه المسألة لاشتمالها على فوائد منها: إفادة المشهور في بعض المسائل المتقدمة كالضب والثعلب، ومنها إباحة القنفذ والوَبْر، ومنها التنبيه على أن ظاهر المدونة في السباع الكراهة؛ لقوله: (**لا أُحِبُّ**).

والمراد **بالقنفذ** قنفذ البر؛ لأن البحري سيأتي، **والضب** شبيه بالتمساح إلا أنه أصغر منه، **والأرنب** دابة قدر الهر، إلا أن في أذنيها طولاً.

عياض: **الوَبْر** بسكون الباء بواحدة، وآخره [٢٢٦/ ب] راء وواوه مفتوحة: دويبة نحو الهر.

وقال ابن عبد السلام: هو بفتح الباء من دواب الحجاز. انتهى. وفي الجوهري: الوبر بالتسكين دويبة أصغر من السنور كحلاء اللون، لا ذنب لها.

عياض: والضرابيب بالضاد جمع ضرب على وزن تمر، وهو حيوان ذو شوك كالقنفذ كبير.

وَلا بَأْسَ بِأَكْلِ الْيَرْبُوعِ، وَالْخُلْدِ، وَالْحَيَّاتِ إِذَا ذُكِّيَ ذَلِكَ

اليربوع أكبر من الفأرة، رجلاه أطول من يديه.

عياض: والخلد بضم الخاء وفتح اللام، كذا ضبطناه في الكتاب، وبفتح الخاء وسكون اللام وفتحها أيضاً، وبكسر الخاء وسكون اللام، وهو فأر أعمى.

التونسي: ويكره أكل الفأر والقرد، وأجاز في المدونة أكل اليربوع والخلد؛ وهو فأر أعمى، وأظن له ناباً، فلعله لا يفترس.

قوله: **(وَالْحَيَّاتِ إِذَا ذُكِّيَ ذَلِكَ)** كذا في المدونة وزاد فيها: إذا ذكيت في موضع ذكاتها. وصفة ذكاتها: أن يقطع من جهة رأسها شيء وكذلك من عند ذنبها دفعة واحدة، ولو بقي منها شيء ولو جلدة لم تؤكل؛ إذ السم يسري في ذلك (المحلين)، وذلك في سبيل علم الطب. **ابن حبيب**: ويكره أكلها لغير ضرورة.

وَيُؤْكَلُ خَشَاشُ الأَرْضِ، وَذَكَاتُهُ كَالْجَرَادِ

وهذا كقوله في المدونة: ولا بأس بأكل خشاش الأرض وهوامها، وذكاة ذلك كذكاة الجراد. وقال الباجي: أكل الخشاش مكروه.

وفي ابن بشير: المخالفون يحكون عن المذهب جواز أكل المستقذرات، والمذهب خلافه.

ابن هارون: وظاهر المذهب كما ذكر المخالف، والأفصح في الخشاش فتح الخاء وفيها أيضاً ضمها وكسرها، وهو الدود والبعوض.

وَفِيهَا: وَإِنْ وَقَعَ الْخَشَاشُ فِي قِدْرٍ أُكِلَ مِنْهَا، وَاسْتَشْكَلَ لأَكْلِهِ حَتَّى قَالَ أَبُو عِمْرَانَ: سَقَطَ لا، وَقَالَ آخَرُونَ: يَعْنِي وَلَمْ يَتَحَلَّلْ ....

قد تقدمت هذه المسألة في باب الطهارة.

وَدُودُ الطَّعَامِ لا يَحْرُمُ أَكْلُهُ مَعَ الطَّعَامِ

تصوره ظاهر، فإن قلت: روى أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم «أوتي بتمر عتيق فجعل يفتشه، يخرج منه السوس» وذلك يدل على التحريم والكراهة، فالجواب: يجوز أن

يكون ذلك لإعافة نفسه ذلك صلى الله عليه وسلم كما فعل في الضب. فإن انفرد عن الطعام فلا شك أنه من جملة الخشاش، وقد تقدم حكمه.

وَالضَّفَادِعُ مِنْ صَيْدِ الْمَاءِ، وَتُؤْكَلُ مَيْتَةُ الْبَحْرِ وَإِنْ كَانَتْ تَعِيشُ فِي الْبَرِّ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ، وَتُرْسُ الْبَحْرِ مِنْ غَيْرِ ذَكَاةٍ ....

قد تقدمت هذه أيضاً في الطهارة بما فيها من الخلاف.

وَأَمَّا الْحَلَزُونُ فَكَالْجَرَادِ

أي: أنهما من صيد البر فيفتقران إلى الذكاة، وهذا هو المشهور كما سيأتي من كلام المصنف. والقول بأن الجراد لا يفتقر إلى الذكاة لمطرف، قيل: لأنه نثرة حوت كما روي عن كعب. وقيل: لأنه لا نفس له سائلة بناءً على أن ما هذا صفته لا يفتقر إلى الذكاة، وضعف اللخمي الأول بأن كونه نثرة حوت لا يعرف إلا من قول كعب الأحبار عن كتبهم، ولا خلاف أنه لا يجب علينا العمل بمثل هذا ولا تُعُبِّدنا به، ولأنه الآن من صيد البر فيه يخلق وفيه يعيش فلم يكن لاعتبار الأصل فيه وجه. وقد حكم عمر رضي الله عنه على المحرِم فيه بالجزاء. وعلى الافتقار فقال ابن وهب: أخذه ذكاته، فيفرق بين ما يؤخذ حيّاً وميْتاً، والمشهور: لا بد أن يفعل فيه فعل، فإن كان هذا الفعل مما يعجِّل موته به فهو ذكاته باتفاق.

قال في البيان: وذلك كقطع رؤوسها، وإلقائها في النار والماء الحار.

وإن كان مما لا يعجل قال في البيان: كقطع أرجلها وأجنحتها وسلقها في الماء البارد، فسحنون لا يرى ذلك ذكاة. ومذهب المدونة أن ذلك ذكاة، ولفظها: ولا تؤكل ميتة الجراد ولا ما مات منه في الغرائر. ولا يؤكل إلا ما قُطع رأسه أو سُلق أو قُلي أو شُوي حيّاً، وإن لم يقطع رأسه ولو قطعت أرجله وأجنحته فمات من ذلك لأُكل. انتهى.

يريد ولا تؤكل الرجل المقطوعة ولا اليد ونحوها، فإن سلق منها حي مع ميت، أو قطعت أرجلها أو أجنحتها ثم سلقت معها، فقال أشهب: يطرح جميعه وأكله حرام. وقال سحنون: تؤكل الأحياء بمنزلة خشاش الأرض يموت في قدر.

مالك: وذكاة الحلزون بالسلق أو ينقر بالإبر والشوك حتى يموت، ويسمي الله تعالى كما يسمي عند قطع رؤوس الجراد.

عياض: والحلزون بفتح الحاء واللام.

وَالطَّيْرُ كُلُّهُ مُبَاحٌ مَا يَأْكُلُ الْجِيَفَ وَغَيْرُهُ، وَرُوِيَ: لا يُؤْكَلُ كُلُّ ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ، وَلا كَرَاهَةَ فِي الْخُطَّافِ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور كما ذكر إباحة جميع الطيور، وروى ابن أبي أويس عن مالك أنه لا يؤكل كل ذي مخلب من الطير. هكذا حكى بعضهم هذا القول، وقال في الإكمال: وحكي عن ابن أبي أويس كراهة أكل كل ذي مخلب. وفي مسلم وأبي داود «أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير». والقولان في الخطاف لمالك والأصل الإباحة.

ابن بشير: ولعل هذا لأنه لا كثير لحم فيها، فدخلت في باب تعذيب الحيوان لغير فائدة.

وَأَمَّا ذَوَاتُ السُّمُومِ فَتَحْرُمُ لِسُمُومِهَا فَإِنْ أُمِنَتْ حَلَّتْ وَحَيَوَانُ الْبَحْرِ كُلُّهُ مُبَاحٌ

تصوره ظاهر، قال في الإكمال: جميع ما في البحر مباح عند مالك على اختلاف أشكاله وأسمائه.

ابن الجلاب: ويجوز أكل الحوت طافياً كان [٢٢٧/ أ] أو راسياً، والطافي: ما مات وطفا على وجه الماء؛ أي: ارتفع. ونص مالك في الموازية على أن من باع حوتاً طافياً ولم يبيِّن أن للمشتري الرد؛ إذ لعله ممن لا يرى أكله.

وَفِي خِنْزِيرِ الْبَحْرِ قَوْلانِ، وَوَقَفَ مَالِكٌ فِيهِ وَكَرِهَ تَسْمِيَتَهُ خِنْزِيراً

ظاهر كلامه أن القولين بالجواز والمنع، وكذلك قال ابن بشير، والأقرب الإباحة؛ لأنه لو كان الشبه مقتضياً للمنع لحرم إنسان الماء، وإنما يعرف ذلك عن الليث، وفي المدونة: وتوقف مالك أن يجيب في خنزير الماء، فقال: أنتم تقولون: خنزيراً.

ابن القاسم: وأنا أتَّقيه ولا أراه حراماً. وفي الجلاب: يكره أكل كلب الماء وخنزيره.

وقال في الجواهر: وفي كراهة خنزيره وكلبه خاصة خلاف، ورأى غير واحد أن توقف الإمام حقيقة قالوا: لعموم قوله تعالى: ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ ﴾ [المائدة: ٩٦] وعموم قوله تعالى: ﴿ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ ﴾ [المائدة: ٣]، ورأى بعضهم أن الإمام غير متوقف فيه حقيقة وإنما امتنع عن الجواب إنكاراً عليهم تسميته خنزيراً لغة، ولذلك قال: أنتم تسمونه خنزيراً. يعني أن العرب لا تسميه خنزيراً.

وَفِي حِلِّ حِمَارِ الْوَحْشِ يَدْجُنُ وَيُعْمَلُ عَلَيْهِ قَوْلانِ، لابْنِ الْقَاسِمِ، وَمَالِكٍ

لا خفاء في إباحة حمار الوحش قبل تأنسه، وحديث أبي قتادة في الصحيحين يوضحه، فإذا تأنس وصار يُحمَل عليه فقال ابن القاسم: لا يكون ذلك ناقلاً والإباحة باقية، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة. وقال مالك: لا يؤكل. وتقدير كلامه: وفي حل حمار الوحش. وفي بعض النسخ تقديم مالك فيقدر: وفي منع حمار. ويرجح الأول بأنه لو تأنسه ناقلاً للزم في الحمار الإنسي إذا توحش أن ينتقل إلى الإباحة، ولا خلاف أن ذلك لا ينتقل وفيه نظر لمراعاة الاحتياط، والله أعلم.

الآلَةُ: وَتَجُوزُ بِكُلِّ جَارِحٍ مِنْ حَجَرٍ أَوْ عُودٍ أَوْ عَظْمٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ سِكِّينٌ

هذا هو الركن الثالث، وظاهره أنه لا رجحان للحديد على غيره؛ لقوله: (**وَلَوْ كَانَ مَعَهُ سِكِّينٌ**).

ابن عبد السلام: وهو قول في المذهب وليس مذهب المدونة، وفي البيان: مذهب المدونة الجواز بغير الحديد إذا لم يجده. ونص الشيخ أبو محمد على من ذبح بغير سكين - وهي معه - على إساءته.

وفي مسلم والترمذي وأبي داود والنسائي أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليُحِدَّ أحدكم شفرته وليُرِح ذبيحته**»، وروى الدارقطني عن سالم عن أبيه: «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن تحد الشِّفار وأن توارى عن البهائم، فإذا ذبح أحدكم فليجهز».

فأمره صلى الله عليه وسلم بحد الشفار دليل على أن الأَوْلى لمن كان معه الحديد ألا يذبح بغيره، وكره ربيعة أن يذبح الشاة وأخرى تنظر، وخفف ذلك مالك واحتج بالبدن. وقد ورد في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك، واختار ابن حبيب قول ربيعة، ورأى صف البدن عند نحرها من سنتها، قال: وليس ذلك في الذبائح.

ابن حبيب: ولا بأس بالذبح بشفرة لا نصال لها، والرمح والقدوم والمنجل الأملس الذي يؤبر به، فأما المضرس الذي يحصد به فلا خير فيه لأنه يتردد، وإن قطع كقطع الشفرة فلا بأس به. ولكن ما أراه يفعل ذلك، وشرط ابن القصار في صفة ما يذكى به أن يفري الأوداج والحلقوم في مرة واحدة، قال: وما كان من ذلك لا يفريه إلا في دفعات فلا يجوز، وإن كان حديداً، قالوا: وإن لم يكن تساعده السكين حين الذبح وأدخلها من تحت الغَلْصَمَة وقطع العروق فإنها لا تؤكل.

مَا عَدَا السِّنَّ وَالظُّفُرَ الْمُتَّصِلَيْنِ لأَنَّهُمَا نَهْشٌ وَخَنْقٌ

وفي بعض النسخ: (**وفي السن والظفر ثالثها: يجوز بهما منفصلين لأنه نهش وخنق**). الجواز مطلقاً رواه ابن وهب عن مالك في المبسوط، واختاره ابن القصار. والمنع مطلقاً

رواه ابن المواز، وقال ابن القصار: إنه حقيقة مذهب مالك. الباجي: وهو الصحيح. والثالث: التفصيل يجوز بهما منفصلين ولا يجوز بهما متصلين، حكاه ابن حبيب عن مالك. واختاره ابن رشد، وقال في بيانه: هو الصحيح. وروى عن مالك أنه أجازه بالعظم وكرهه بالسن. قال صاحب الإكمال: وهو المشهور.

وفي البخاري ومسلم عن رافع بن خديج قال: قلت: يا رسول الله، إنا لاقوا العدو غداً، وليست معنا مُدًى أفنذبح بالقصب؟ فقال: **«ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه فكُل، ليس السِّنَّ والظُّفُرَ، وسأحدثكم عن ذلك؛ أما السن فعظم وأما الظفر فمُدَى الحبشة»** فهذا قد يحتج به للمنع مطلقاً، وقد يقال: في قوله: **«مدى الحبشة»** تنبيه على أن التذكية تجوز بهما منفصلين؛ لأن الحبشة إنما يذكون بالظفر خنقاً، ألا ترى أن مدى الحبشة وهي السكاكين يجوز الذبح بها. ويقال: نهس ونهش. عياض: نهشت اللحم ونهسته بالمعجمة والمهملة إذا أخذته بأسنانك عن العظم، وقال بعضهم: بالسين المهملة بأطراف الأسنان وبالمعجمة بجميع الفم.

الصِّفَةُ: إِنْ كَانَ صَيْداً فَقَدْ تَقَدَّمَ، وَغَيْرُهُ: ذَبْحٌ، وَنَحْرٌ، فَالنَّحْرُ فِي الإِبِلِ، وَفِي الْبَقَرِ الأَمْرَانِ، وَالذَّبْحُ فِي غَيْرِهِمَا ....

هذا هو الركن الرابع، وكلامه ظاهر، واستحب مالك ذبح البقر لقوله تعالى: [٢٢٧/ ب] ﴿أَن تَذْبَحُواْ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧].

الباجي: والخيل في الذكاة كالبقر يعني على القول بجوازه.

اللخمي: وكذلك البغال والحمير على القول بكراهتها، وفي غيرهما الذبح يدخل فيه الطير جميعه ولو كان طويل العنق كالنعامة.

ابن المواز: وإن نحرت النعامة لم تؤكل.

الأبهري: وإذا نحر الفيل جاز الانتفاع بعظمه، وعلله الباجي بأنه لا يمكن فيه إلا ذلك.

فَإِنْ نُحِرَ مَا يُذْبَحُ أَوْ بِالْعَكْسِ لِضَرُورَةٍ أُكِلَ كَمَا لَوْ وَقَعَ فِي مَهْوَاةٍ، وَلِغَيْرِ ضَرُورَةٍ فَالْمَشْهُورُ التَّحْرِيمُ، وَثَالِثُهَا: تُؤْكَلُ الإِبِلُ ...

إذا نحرت الغنم ونحوها مما فيه الذبح فقط، أو ذبحت الإبل وهو معنى قوله: (**أَوْ بِالْعَكْسِ**)، فإن كان ذلك لضرورة، كما لو وقع بعير في مهواة ولم يصل إلى لَبَّتِهِ، جاز ذلك باتفاق، وإن لم يكن لضرورة فثلاثة أقوال: مذهب المدونة: عدم الأكل. عبد الوهاب: واختلف أصحابنا: هل يحمل قول مالك على التحريم أو الكراهة؟ ولما كان ظاهرها التحريم قال المصنف: (**فَالْمَشْهُورُ التَّحْرِيمُ**).

ومذهب أشهب: أن ذلك يؤكل كله. والقول بالتفصيل لابن بكير. ابن عبد السلام: وهو الأقرب؛ لأن الذبح يتضمن النحر وزيادة، لأنه قطع مجموع الودجين والحلقوم. والنحر لا يتضمن الذبح؛ لأنه إنما يشترط قطع الحلقوم مع ودج واحد.

خليل: وفيما ذكره نظر، فقد قال الباجي: لم أر أحداً من أصحابنا ذكر مراعاة معنًى في النحر غير اللَّبَّة. وقال اللخمي: لم يشترطوا في النحر الودجين والحلقوم كما قالوا في الذبح. وظاهر المذهب أنه حيثما طعن بين اللبة والمنحر أجزأ إذا كان في الودج. انتهى. وقال: والنحر لا يشترط فيه قطع شيء من الحلقوم ولا الودجين؛ لأن محله اللَّبَّة وهو محل تصل فيه الآلة إلى القلب فيموت بسرعة.

فرع:

نص مالك على أنه إذا نحر ما يذبح أو بالعكس ناسياً لا يعذر قال في البيان: وقيل: إنَّ عدَمَ ما ينحر به ضرورة تجيز ذبحه. وقد قيل: إن الجهل في ذلك ضرورة.

وَمَا وَقَعَ فِي مَهْوَاةٍ فَعُجِزَ عَنْهُ فَطُعِنَ فِي جَنْبٍ أَوْ كَتِفٍ وَنَحْوِهِ لا يُؤْكَلُ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

المشهور مذهب المدونة والموازية، ومقابله لابن حبيب.

وَمَحَلُّ النَّحْرِ اللَّبَّةِ، وَمَحَلُّ الذَّبْحِ الْحَلْقُ

مذهب أكثر الشيوخ أن النحر خاص باللَّبَّة، ومذهب ابن لبابة واللخمي أنه يصح فيما بين اللبة والمنحر، وأخذ اللخمي ذلك مما في المبسوط أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بعث منادياً ينادي: النحر في الحلق واللبة. ومن قول مالك في المدونة: ما بين المذبح واللبة منحر ومذبح، فإن نحر فجائز وإن ذبح فجائز.

اللخمي: ولا يتجزئ في ذلك بالطعن في الحلقوم بانفراده دون أن يصيب شيئاً من الأوداج؛ لأن ذلك مما لا يسرع معه الموت، وإنما يجزئ من ذلك ما كان يسيح معه الدم ويسرع بالموت. لما في الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**ما أنهر الدم وذُكر اسم الله عليه فكل** ». ورد في البيان قول اللخمي، أما قول عمر فإن المراد بالنحر الذكاة، وعبر عن الذكاة بالنحر؛ لأنه جُلُّ عملهم في ذلك اليوم كما سمي ذلك اليوم يوم النحر.

وأما مالك رحمه الله فلم يرد أن ما بين اللبة والمذبح هو موضع النحر والذبح مع القدرة، وإنما أجاز ذلك إذا لم يصل إلى المذبح ولا إلى المنحر بسقوط البهيمة في البئر؛ مراعاة لقول من أجاز نحرها حيث أمكن من جنب أو غيره، وهذا بيِّن من مراده في المدونة.

ابن عبد السلام: وكلام ابن رشد راجح.

وَتُنْحَرُ الإِبِلُ قِيَاماً مَعْقُولَةً. وَيُسْتَحَبُّ فِي الذَّبْحِ الضَّجْعُ عَلَى الأَيْسَرِ لِلْقِبْلَةِ، وَيُوضِحُ مَحَلَّ الذَّبْحِ وَيُسَمِّي

هذا كله على الاستحباب، ماعدا التسمية فقد تقدم الكلام عليها.

محمد: والسنة: أخذ الشاة برفق وتضجع على شقها الأيسر إلى القبلة، ورأسها مشرف، وتأخذ بيدك اليسرى جلد حلقها من اللحي الأسفل بالصوف وغيره، فتمده حتى تبين البشرة، وموضع السكين في المذبح حيث تكون الخرزة في الرأس، ثم تُسمي الله، وتُمِرُّ السكين مرّاً مجهزاً من غير ترديد ثم ترفع ولا تخنع، ولا تضرب بها الأرض ولا تجعل رجلك على عنقها. وفي نسبة الأخير إلى السنة نظر؛ لما روى مسلم أنه صلى الله عليه وسلم لما ضحى بكبشين وضع رجله على صفاحهما.

واستحب إضجاعها على الشق الأيسر؛ لأنه أمكن للذبح، ولذلك روي عن ابن القاسم أنه إذا كان أعسر أنه يضجعها على شقها الأيمن.

ابن حبيب: ويكره للأعسر أن يذبح، فإن ذبح واستمكن أكلت.

فَإِنْ تَرَكَ الاسْتِقْبَالَ أُكِلَتْ وَلَوْ عَمْداً عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ فَكَالصَّيْدِ، وَإِنْ كَبَّرَ مَعَهَا فَحَسَنٌ، وَإِنْ شَاءَ زَادَ فِي الأُضْحِيَّةِ: اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنِّي، وَإِلا فَالتَّسْمِيَةُ كَافِيَةٌ، وَأُنْكِرَ: اللَّهُمَّ مِنْكَ وَإِلَيْكَ ....

مقابل المشهور في الاستقبال لابن حبيب يراه كالتسمية. والمشهور أظهر؛ لأنه لم يأتِ في الاستقبال ما أتى في التسمية. قال في المدونة: وبلغ مالكاً أن الجزارين يدورون حول الحفرة ويذبحون فنهاهم عن ذلك وأمرهم بتوجيهها إلى القبلة. وقد تقدم حكم التسمية في باب الصيد. قال في المدونة: وليقل: بسم الله والله أكبر، وليس بموضع صلاة على النبي صلى [٢٢٨/ أ] الله عليه وسلم، ولا يذكر هنا إلا الله عز وجل. وإن شاء قال في الأضحية بعد التسمية: اللهم تقبل مني، وإلا فالتسمية كافية.

وأنكر مالك قوله: (**اللَّهُمَّ مِنْكَ وَإِلَيْكَ**)، وقال: هذا بدعة. وقال ابن حبيب: أما قوله في الأضحية: اللهم تقبل مني، فلا بد منه، وإن شاء قال: اللهم منك وإليك. قال في البيان: أي منك الرزق وبك الهدى ولك النسك. وحكاه عن علي بن أبي طالب رضي الله

عنه وهو قول سحنون قال: وإنما كره مالك التزام ذلك على وجه كونه مشروعاً في ذبح النسك كالتسمية، فمن قال على غير هذا الوجه في بعض الأوقات أجزئ على ذلك إن شاء الله تعالى. ابن حبيب: وإن قال: بسم الله فقط، أو الله أكبر فقط، أو لا إله إلا الله، أو سبحان الله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، من غير تسمية أجزأه. وكلٌّ تسمية ولكن ما مضى عليه الناس أحسن؛ وهو: بسم الله والله أكبر.

وَإِذَا أَفْرَى الْحُلْقُومَ وَالْوَدَجَيْنِ وَالْمَرِيءَ فَاتِّفَاقٌ

(**أَفْرَى**) رباعي؛ أي: إذا قطع. و(**الودجان**) عرقان في صفحتي العنق. و(**الْحُلْقُومَ**): القصبة التي هي مجرى النفس.

عياض: والمريء بفتح الميم وكسر الراء وهمزة آخره، وقد يشدد آخره ولا يهمز: مبلغ الطعام والشراب وهو البلعوم. وقوله: (**فَاتِّفَاقٌ**) حكى عياض فيه الإجماع.

وَإِنْ تَرَكَ الْمَرِيءَ صَحَّتْ عَلَى الْمَشْهُورِ

والمشهور مذهب المدونة، ومقابله رواه أبو تمام عن مالك.

فَإِنْ تَرَكَ الأَوْدَاجَ جُمْلَةً لَمْ تُؤْكَلْ

لأن المقصود الأعظم وهو إنهار الدم لم يحصل.

وَإِنْ تَرَكَ الأَقَلَّ فَقَوْلانِ

يحتمل أن يريد بالأقل أحد الودجين؛ أي: اختلف إذا قطع الحلقوم وودجاً وترك ودجاً. والقولان روايتان. **ابن عبد السلام**: ويحتمل أن يريد به إذا حصل القطع في كل ودج وبقي منهما أو من أحدهما يسير، وفي ذلك قولان للمتأخرين: المنع لعبد الوهاب، والإباحة نقلها بعضهم عن ابن محرز، والذي في تبصرته: إن بقي اليسير من الحلقوم أو

من الأوداج لم تحرم. والأقرب في الوجه الأول عدم الأكل لعدم إنهار الدم، والأكل في الثاني. وحمله ابن هارون على أن المعنى: إن ترك الأقل من الحلقوم. وفيه قولان: ذكر في النوادر عن ابن حبيب أنه إن قطع الأوداج ونصف الحلقوم فأكثر أكلت، وإن قطع منه الأقل لم تؤكل. وروى يحيى مثله عن ابن القاسم في الدجاجة والعصفور، إذا أجهز على أوداجه ونصف حلقومه أو ثلثيه فلا بأس بذلك. وقال سحنون: لا يجوز حتى يقطع جميع الحلقوم والأوداج.

وَإِنْ تَرَكَ الْحُلْقُومَ لَمْ تُؤْكَلْ، وَأَخَذَ اللَّخْمِيُّ خِلافَهُ مِنْ قَوْلِهِ: يُجْزِئُهُ إِذَا فَرَى الأَوْدَاجَ

أي: إذا قطع الودجين وترك الحلقوم لم تؤكل، نص على ذلك في المدونة وغيرها. وأخذ اللخمي عدم اشتراط الحلقوم من ثلاث مسائل مما وقع لمالك في كتاب الصيد، إذا أدرك الصيد وقد أفرى الكلب أو البازي أوداجه فقد فرغ من ذكاته. ومما وقع في المبسوط لمالك إذا ذبح فقطع الأوداج فوقعت في ماء أنه لا بأس بأكلها. ولو كان قطع الحلقوم شرطاً لما اكتفي بقطع الودجين، ومن أحد القولين في عدم اشتراط الغَلْصَمَة: وذلك أن آخر الحلقوم هو الجوزة، فلو كان قطع الحلقوم شرطاً لما أجزأ القطع خارجاً عنه. وأجيب عن الأولين بأنه لما كان من لازم قطع الودجين في الغالب الحلقوم اكتفي بقطعهما للغالب، ولأن الجارح لما قطع ودجي الصيد في المسألة الأولى حصلت ذكاته؛ إذ يكفي في ذكاة الصيد إنفاذ المقاتل، وقطع الودجين أحد المقاتل. وأما الثالث فلازم إلا أن يقال: قطع ما فوق الجوزة يتنزل منزلة القطع في الحلقوم لاتصاله به.

وَفِي قَطْعِ نِصْفِ الْحُلْقُومِ قَوْلانِ

قد تقدمت القولان، لكن مفهومه يقتضي لو قطع البعض أُكل، وقد تقدم أن الخلاف فيهما سواء، وأن القولين في الطير وغيره. ونص ابن القاسم على الأكل فيما إذا

قطع نصف حلقوم الطير كما تقدم. **ابن عبد السلام**: وبعض من لقيناه يقول: لا يلزم ابن القاسم الذي اغتفر بقاء نصف الحلقوم في الطير أن يقول مثله في غيره؛ لما علم عادة من صعوبة استئصال قطع الحلقوم في الطير دون غيره. ومقتضى الرسالة عدم الأكل في هذه المسائل كلها؛ لقوله: **والذكاة**: قطع الحلقوم والأوداج لا يجزئ أقل من ذلك، قيل: وهو المشهور.

وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَقْطَعِ الْجَوْزَةَ وَأَحَازَهَا إِلَى الْبَدَنِ، فَثَالِثُهَا: يُكْرَهُ

أي: يكون في المسألة قولان بالأكل وعدمه. وفي بعض النسخ: (**ولو لم يقطع الجوزة وحازها إلى البدن فثالثها: يكره**) أي: قول بالجواز، وقول بالمنع، وقول بالكراهة، والمنع لمالك وابن القاسم وغيرهما. التلمساني: وهو المشهور. وعلله ابن المواز بأنه لم يقطع شيئاً من الحلقوم. والجواز لابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وأبي مصعب. وأنكر أبو مصعب الأول، وقال: هذه دار الهجرة والسنة، وبها كان المهاجرون والأنصار والتابعون، وكانوا يعرفون الذبح لم يذكروا عقدة ولم يعينوها. والقول بالكراهة حكاه ابن بشير ولم يعزه. وأفتى بعض القرويين بأكله [٢٢٨/ ب] للفقير دون الغني، وليس بسديد.

ابن عبد السلام: وقعت هذه المسألة بتونس قبل هذا التاريخ، فاستشار القاضي فيها جماعة من الفقهاء، فأشاروا بجواز بيعها إذا بيَّن البائع ذلك. والجوزة: الغلصمة.

تنبيه:

وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يقطع من الجوزة شيئاً ووقع القطع فوقها، وأما إن بقي في الرأس دائرة أكلت اتفاقاً، قاله ابن عبد السلام، وإن بقي في الرأس أقل من دائرة - فإما أن يكون النصف أو أقل - أجزأه على القولين في قطع بعض الحلقوم.

فرع:

فإن استأجر جزاراً، فذبح له شاة فغلصمها، ضمن قيمة الشاة في قول مالك وابن القاسم، ولا يضمن في قول غيرهما، حكاه ابن أبي زيد.

وَإِنْ رَفَعَ الآلَةَ وَرَدَّهَا فَإِنْ طَالَ لَمْ تُؤْكَلْ، وَإِلا فَقَوْلانِ، وَعَنْ سُحْنُونٍ: إِنْ رَفَعَ مُخْتَبِراً أُكِلَتْ بِخِلافِ مُعْتَقِدِ التَّمَامِ، قَالَ ابْنُ الْقَابِسِيِّ: الْعَكْسُ أَصْوَبُ ....

قوله: (**فَإِنْ طَالَ لَمْ تُؤْكَلْ**) لم أرَ في ذلك خلافاً، وهو مقيد بما إذا لو تركت لم تعش، وأما إن كانت حين الرفع لو تركت لعاشت أكلت، قاله ابن القصار؛ لأن الثانية ذكاة مستقلة. **ابن عبد السلام**: ولا إشكال في عدم الأكل إذا أعاد بعد البعد إذا كان ذلك عمداً أو بتفريط، وأما إن كان عن غلبة، وكثيراً ما يجري في العقر في البقر، فينبغي أن يجري الكلام فيه على عجز ماء المتطهر. انتهى. وعن أبي محمد صالح أنه قال: إن سقطت السكين من يد الذابح أو رفعها قهراً أو خائفاً ثم أعادها فإنها تؤكل. وإن لم يطل فأربعة أقوال: جواز الأكل وهو مذهب ابن حبيب واختيار اللخمي؛ لأن ما طلب فيه الفور يغتفر فيه التفريق اليسير، وعدم الأكل حكاه اللخمي والباجي عن سحنون، والقول الثالث: تأول بعضهم قول سحنون عليه. وحكى ابن يونس عن سحنون ثلاثة أقوال: عدم الأكل، والكراهة، والتفصيل المذكور. وحكى عنه أيضاً أبو بكر بن عبد الرحمن: قلت للشيخ أبي الحسن القابسي: يجب أن تعكس هذه التفرقة إن رفع يده مختبراً فلا تؤكل، وإن كان على أنه أتم الذكاة فلا تؤكل؛ لأن الأول رفع يده وهو شاكٌّ في تمام الذبح، والآخر رفع يده موقناً، كقولهم فيمن سلم من اثنتين وكان على اليقين أنها أربع ثم أيقن أنه سلم من اثنتين أنه لا يضره، ويتم باقي صلاته، فإن سلم على الشك أبطل صلاته، فصوب الشيخ ما قلته. فتحصل لنا في المسألة خمسة أقوال.

وَلَوْ ذَبَحَ مِنَ الْعُنُقِ أَوْ الْقَفَا لَمْ تُؤْكَلْ وَلَوْ نَوَى الذَّكَاةَ

قوله: (**مِنَ الْعُنُقِ**) أي: من صفحة العنق وعدم الأكل فيها واضح؛ إذ لا يصل إلى موضع الذبح إلا بعد أن ينخعها، وكذلك لو ذبح في ظلام وظن أنه أصاب وجه الذبح

ثم تبين له خلاف ذلك، نص عليه في النوادر محمد. وأما من أراد أن يذبح من الحلقوم فأخطأ فانحرف، فإنها تؤكل.

وَمَا شُكَّ هَلْ مَوْتُهُ مِنَ الذَّكَاةِ لَمْ يُؤْكَلْ عَلَى الْمَشْهُورِ

قد تقدمت قاعدة هذا في باب الصيد.

ابن راشد وغيره: وحكايته الخلاف مع الشك وهم. وقد حكى ابن بشير الاتفاق في الشك أنها لا تؤكل.

بِخِلافِ أَنْ تَضْرِبَ بِرِجْلِهَا أَوْ تُحَرِّكَ ذَنَبَهَا، وَفِي الْمُوَطَّإِ: أَوْ تَطْرِفْ بِعَيْنِهَا أَوْ يَجْرِي نَفَسُهَا ....

اعلم أن الذبيحة تارة تكون صحيحة، وتارة تكون مريضة، فالصحيحة يستدل على حياتها بسيلان الدم وإذا استدل على حياتها بالسيلان فالحركة أولى؛ لأن الباجي قال: لا يمكن عندي في الصحيحة أن تتحرك ولا يسيل دمها، فلا معنى لذكره. وأما المريضة فإن لم ييأس من حياتها عملت فيها الذكاة. ونص اللخمي على أنها ملحقة بالصحيحة وإن يئس منها، فكذلك على الصحيح قاله مالك. وفي مختصر الوقار: لا تصح ذكاتها. والأول أحسن لما في الصحيحين والموطأ أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنماً بسَلع فأصيبت شاة منها فأدركتها، فذكتها بحجر، فسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: «**كلوها**».

وفيه خمس فوائد: ذكاة النساء والإماء بالحجر، وما أشرف على الموت، وذكاة غير المالك بغير وكالة. وحكى صاحب الاستذكار في ذلك الإجماع قال: أجمعوا أن المريضة التي لا ترجى حياتها، أن ذبحها ذكاة إن كانت فيها الحياة حين ذبحها، وعلم ذلك بما ذكر من الحركات. وأجمعوا على أنها إذا صارت في حال النزع ولم تحرك يداً ولا رجلاً أنه لا ذكاة فيها. انتهى. وعلى القول بأن الذكاة تعمل فيها فإن تحركت وسال دمها أكلت، وإن

كان السيلان فقط لم تؤكل؛ لأنه يسيل منها بعد الموت وقبل أن تبرد فلا يكون دليلاً على حياتها، بخلاف الصحيحة لحصول موجب الشك في المريضة دون الصحيحة. وإن تحركت ولم يسل دمها فالمنصوص أنها تؤكل.

وخرج عدم الأكل من المنخنقة وأخواتها. والمعتبر من الحركة في هذا الباب ما عدا حركة الاختلاج. هكذا حكى ابن شاس وابن بشير، وحكاه ابن يونس عن ابن حبيب. وفي اللخمي: وأما الاختلاج الخفيف وحركة العين فترك أكلها أحسن؛ لأن الاختلاج والتحرك الخفيف يوجد من اللحم بعد خروج النفس ولا يحتاج إلى حصول جميع أنواع الحركة، بل يكفي واحد منها، ولا فرق بين حركة الأعالي والأسافل كما ذكر المصنف. وأشار [٢٢٩/ أ] اللخمي إلى أن حركة الرجل والذنب أقوى من حركة العين؛ لأن الحياة أول ما تنعدم من الأسافل.

الباجي: وقول مالك: ونفسها يجري. يعني: تتردد على حسب النفس، وأما خروج الريح من الجسد عند الموت فليس من جريان النفس. وظاهر جواب مالك: أن عدم الحركة بعد تمام الذكاة لا يمنع صحتها إذا صادفت نفساً يجري وعيناً تطرف حين الذكاة. وحكى في المقدمات في وقت مراعاة الحركة ثلاثة أقول:

أحدها: أنها لا تراعى إلا أن توجد بعد تمام الذبح، **والثاني**: أنها تراعى وإن وجدت مع الذبح، **والثالث**: تراعى وإن وجدت قبل الذبح.

وَالْمَوْقُوذَةُ وَمَا مَعَهَا وَغَيْرُهَا مِمَّا أُنْفِذَتْ مَقَاتِلُهُ، وَذَلِكَ مِمَّا يُنَافِي الْحَيَاةَ الْمُسْتَمِرَّةَ، لا تَنْفَعُ ذَكَاتُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

قوله: **(وَمَا مَعَهَا)** أي: في الآية الكريمة. والمنخنقة: هي ما اختنقت بحبل ونحوه. الجوهري: وشاة موقوذة قتلت بالخشب. والمتردية: التي سقطت في مهواة أو من شاهق، والنطيحة معلومة، وما أكل السبع؛ أي: بعضها، وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون حياتها مرجوة فلا خلاف في إعمال الذكاة فيها.

والثاني: أن تكون قد أنفذت مقاتلها فلا تفيد الذكاة فيها باتفاق، على رأي بعض الشيوخ.

والثالث: إن يئس منها، لكن لم تنفذ المقاتل، فحكى الباجي وغيره قولين.

وفي البيان يتحصل في المنخنقة وأخواتها إذا سلمت مقاتلها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تذكى وتؤكل على أنها لا تعيش من ذلك، أو أشكل أمرها كالمريضة سواء، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، على القول بأن الاستثناء في الآية متصل.

والثاني: أنها لا تذكى ولا تؤكل، عُلم أنها لا تعيش أو أشكل أمرها، بخلاف المريضة، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم على القول بأن الاستثناء في الآية منفصل.

والثالث: الفرق بين أن يعلم أنها تعيش أو يشكل أمرها، وهو الذي يقوم مما في العتبية وهو على القول بأن الاستثناء في الآية منفصل، وحمل التونسي التي أشكل أمرها محمل التي رجيت حياتها. وحكى اللخمي قولين مع إنفاذ المقاتل إذا لم يكن ذلك المقتل في موضع الذكاة.

ابن عبد السلام: وللشيوخ فيما أنفذت مقاتله طريقان، منهم من يزعم أنه لا خلاف منصوص في المذهب في عدم تأثير الذكاة فيها، وإنما يتخرج الخلاف فيها من أحد قولي ابن القاسم فيمن أنفذ مقاتل رجل، ثم أجهز الآخر عليه، هل يقتل الأول أو الثاني؟ فمن يرى قتل الثاني دون الأول يلزمه أن يقول هنا بصحة الذكاة. وقدح في ذلك بعضهم بأنه يجوز أن يكون القتل الثاني لحقن الدماء؛ لئلا يتجرأ عليها، بخلاف الحيوان البهيمي. ومنهم من يذكر الخلاف في ذلك وينسبه لابن القاسم، ولعله أخذه مما ذكرناه، وبعضهم ينسبه لابن وهب وغيره. انتهى. وفي التنبيهات روى ابن القاسم الأكل بالذكاة وإن انتثرت الحشوة، وبه كان يفتي بعض الفقهاء الأندلسيين من متقدمي أصحابنا، وهو إبراهيم بن حسين بن خالد، وحاج في ذلك سحنون، وأعجب ذلك ابن لبابة من قوله.

وَفِيهَا: وَإِذَا تَرَدَّتِ الشَّاةُ فَانْدَقَّتْ عُنُقُهَا أَوْ أَصَابَهَا مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لا تَعِيشُ مِنْ ذَلِكَ فَلا بَأْسَ بِأَكْلِهَا ظَنّاً مِنْهُ أَنَّ دَقَّ الْعُنُقِ لا يُنَافِي الْحَيَاةَ الْمُسْتَمِرَّةَ، وَلِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ نَخَعَهَا ....

لعله أتى بهذه المسألة استشهاداً للشاذ، وتنبيهاً على الجواب عنه لكونه مخالفاً لما شهره. وتأويل المصنف بقوله: (**ظَنّاً مِنْهُ**... إلخ) بعيد؛ لقوله فيها: (**أَوْ أَصَابَهَا مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لا تَعِيشُ**) معه، فصرح فيها بضد التأويل. وأما استدلاله بقوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ نَخَعَهَا**) فليس فيه دليل على ما أراد بل الذي يؤخذ منه التفرقة بين دق العنق، وما أنفذت مقاتله بانقطاع نخاعه.

فائدة:

الباجي: والمقاتل المتفق عليها خمسة: انقطاع النخاع، وانتثار الدماغ، وفري الأوداج، وانفتاق المصران، وانتثار الحشوة. واختلف في اندقاق العنق من غير انقطاع نخاعه، فروى مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه من المقاتل، وروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس بمقتل حتى يقترن به انقطاع النخاع. انتهى.

واختلف أيضاً في انشقاق الأوداج من غير قطع، والخلاف مبني على خلاف في شهادة، والقول بأن ذلك ليس مقتلاً لابن الحكم. وأما كسر عظام الظهر فليس مقتلاً، قال صاحب البيان وغيره: وخرق المصران لا يكون مقتلاً إلا إذا كان في مجرى الطعام قبل أن يتغير، وأما إن كان في مجراه بعد التغير فليس بمقتل. والفرق أن الأول لا يحصل معه الانقطاع بالغذاء والثاني يحصل معه ذلك فلم يكن مقتلاً.

عياض: وعد شيوخنا قطع المصران وانتثار الحشوة وجهين من المقاتل. وقال: وهو عندي راجع إلى معنى واحد، وهو أنه إذا قُطع المصران أو شق انتثرت الحشوة من الثفل، وهو بين في المدونة في كتاب الديات، وفي هذه المسألة قال: يشق أمعاءه فينثرها، وإن كان من

قال ذلك من شيوخنا ذهبوا إلى أن انتثار الحشوة خروجها من الجوف عند [٢٢٩/ ب] شق الجوف، فمجرد شق الجوف ليس بمقتل عند جميعهم، والحشوة إذا انتثرت منه ولم تنقطع عولجت ورُدَّت وخِيطَ الجوف عليها، وهذا مشاهد معلوم فليس نفس انتثارها بمقتل. فكيف وقد ذهب بعض المتأخرين من شيوخنا إلى أن شق الأمعاء إنما يكون مقتلاً إذا كان في أعلاه وحيث يكون ما فيه طعاماً، وذلك المعدة وما قاربها؛ لأنه إذا انشق هناك وانقطع خرج منه الغذاء ولم ينفذ إلى الأعضاء، ولا يتغذى الجسم فيهلك. وأما ما كان أسفل وحيث يكون فيه الثفل فليس بمقتل. وما قاله صحيح مشاهد، وإليه يرجع عندي ما روي عن ابن القاسم وغيره، ولا يكون جميع ما جاء من ذلك خلافاً إذا نزل هذا التنزيل وإن كان ظاهره الخلاف. وأما قرض المصران أو إبانة بعضه من بعض فمقتل لا شك فيه، بخلاف شقه فإنه لا يلتئم بعد انقطاعه بالكلية ويتعذر وصول الغذاء إلى ما بان منه، وتتعطل تلك الأعضاء تحته، ولا يجد الثفل مخرجاً من داخل الجوف فيهلك صاحبه. انتهى.

ابن رشد: وقد كان الشيوخ يختلفون في البهيمة تذبح وهي حية صحيحة في ظاهرها، ثم يوجد كرشها مثقوباً، قال: ولقد أخبرني من أثق به أنها نزلت برجل من الجزارين في ثور فرفع الأمر إلى صاحب الأحكام ابن مكي فشاور في ذلك الفقهاء، فأفتى الفقيه ابن رزق أن أكلها جائز وأن للجزار بيعها إذا بيَّن ذلك، وأفتى ابن حمدين أن أكلها لا يجوز وأمر أن تطرح في الوادي، فأخذها الأعوان ليذهبوا بها إلى الوادي، فسمعت العامة والضعفاء أن الفقيه ابن رزق أجاز أكلها فتغلبوا على الأعوان وأخذوها من أيديهم وتوزعوها فيما بينهم، وذهبوا بها لمكانة الفقيه ابن رزق رحمه الله في نفوسهم من العلم والمعرفة. قال ابن رشد: والذي أفتى به هو الصواب عندي.

ابن عبد السلام: وقد أخبرني غير واحد مما أثق به أن كثيراً ما يعتري عندهم البقر بعض الأدواء، فيعالج بأن يشق ما يقابل الكرش ثم يشق الكرش، فيخرج منه حينئذٍ ريح فيكون ذلك سبب برء الثور أو البقرة من ذلك الداء، فينبغي أن ينظر في ذلك.

وَلَوْ تَرَامَتْ يَدُهُ فَأَبَانَ الرَّأْسَ وَلَوْ عَمْداً أُكِلَتْ لأَنَّهُ نَخعَهَا بَعْدَ تَمَامِ الذَّبْحِ. وَكَذَلِكَ يُؤْكَلُ مَا قُطِعَ بَعْدَ تَمَامِ الذَّبْحِ، وَكُرِهَ تَعَمُّدُهُ قَبْلَ مَوْتِهَا، وَكَذَلِكَ سَلْخُهَا وَنَخعُهَا ....

أي: إذا تمت الذكاة فلا عبرة بما يفعله بعد ذلك، لكن كره مالك ذلك؛ لما فيه من تعذيبها. وحكى ابن نافع أنه كره أكلها إذا نخعها، ولو لم يتعمد، وأما إذا قصد ابتداء إبانة الرأس، فقال ابن القاسم وأصبغ: تؤكل ولو تعمد ذلك أولاً. وقال ابن الماجشون ومطرف: لا تؤكل. وتأول على المدونة القولين، ونصها: ومن ذبح فترامت يده إلى أن أبان الرأس أكلت إن لم يتعمد ذلك. والبحث فيه قريب ممن أمر بمسح رأسه فغسله.

وَذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ إِنْ كَانَ كَامِلاً بِشَعْرٍ، وَإِنْ خَرَجَ حَيّاً فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ إِلا أَنْ يُبَادَرَ فَيَفُوتَ فَقَوْلانِ ....

يعني: أن الجنين لا يفتقر إلى ذكاة مستقلة، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» رواه أبو داود. وخالفنا أبو حنيفة فرأى أن الجنين يفتقر إلى ذكاة مستقلة. واحتج أصحابنا عليه بهذا الحديث، فإن إخباره صلى الله عليه وسلم عن ذكاة الجنين بذكاة أمه يؤخذ منه ما ذكرناه. فإن قيل: لا نسلم أن قوله صلى الله عليه وسلم: «ذكاة أمه» خبر بل الخبر محذوف والتقدير: مثل ذكاة أمه، ثم حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه. قيل: الحذف خلاف الأصل، فإن قيل: يعضده رواية من روى «ذكاةَ أمِّهِ» بالنصب؛ إذ التقدير: أن يذكى ذكاةً مثلَ ذكاة أمه، ثم حذف "مثل" وما قبله، وأقيم مقامه المضاف إليه. قيل: هذا مردود.

أما أولاً: فلأن بعضهم أنكر رواية النصب، وجعل الروايات متفقة على الرفع.

وأما ثانياً: فلا نسلم هذا التقدير الذي قدرتموه؛ لأن فيه حذف الموصول وبعض صلته، وهو "أن" والفعل بعدها وذلك لا يجوز، وإنما النصب على إسقاط حرف الجر

وهو "في" كما رواه مالك عن ابن المسيب أنه كان يقول: ذكاة ما في بطن الذبيحة ذكاة أمه إذا كان قد تم خلقه ونبت شعره. أو الباء ويكون التقدير: ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه. ولا شك أن هذا أولى من تقدير الخصم لقلة الإضمار. وكان هذا هو السبب المقتضي لعدول المصنف عن لفظ الحديث، وكأنه أشار إلى تقديره، والله أعلم.

وقوله: **(إِنْ كَانَ كَامِلاً بِشَعَرٍ)** قال أهل المذهب: لا بد من اجتماع تمام الخلق ونبات الشعر، ولا يكفي أحدهما. وفسر الباجي تمام الخلق بكمال خلقه، أما لو خلق ناقص يد أو رجل وتم خلقه على ذلك لم يمنع ما نقص منه من ذكاته. قال في الاستذكار: وروي قول مالك عن جماعة منهم علي، وابن عمر، وابن المسيب، وابن شهاب، ومجاهد، وطاوس، والحسن، وقتادة: أنه إذا تم خلقه ونبت شعره أكل، وإن لم يتم خلقه لم يؤكل. وقال [٢٣٠/ أ] عبد الله بن كعب بن مالك: كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون: إذا نبت شعر الجنين فذكاته ذكاة أمه.

وقوله: **(فَإِنْ خَرَجَ حَيّاً فَمَاتَ لَمْ يُؤْكَلْ)** ظاهره لأنه قد استقل بحكم نفسه، وأما إذا بودر ففات فالقول بمنع أكله نقله ابن بشير وابن شاس، ونقله ابن عبد الغفور عن ابن كنانة إذا كان مثله لا يعيش لو ترك. قال: ونحوه عن ابن القاسم. ونقله الباجي عن يحيى ابن سعيد، والمنقول عن مالك: أن ذكاة مثل هذا مستحبة، وهو قريب من الإباحة. حكى ابن المواز عن مالك: إن سبقه كره أكله. ونحوه في المبسوط.

فرع:

وأما إن ألقته الشاة أو نحوها حياً فنص مالك وابن كنانة وأصبغ وابن حبيب على أنه إن كان مثله يحيا أكل بالذكاة، وإن كان مثله لا يعيش أو شك في حياته لم يؤكل وإن ذكي؛ لأن موته يحتمل أن يكون من الإزلاق.

وَأَمَّا مَا لا نَفْسَ لَهُ سَائِلَةٌ كَالْجَرَادِ فَالْمَشْهُورُ: يَفْتَقِرُ وَيَكْفِي قَطْعُ رُؤُوسِهَا أَوْ شَيْءٍ مِنْهَا وَكَذَلِكَ الْحَرْقُ وَالسَّلْقُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: غَيْرُ الْجَرَادِ يَفْتَقِرُ بِاتِّفَاقٍ ....

حاصله أن في غير الجراد طريقين، وقد تقدم الكلام على ذكاة الجراد. وما حكاه من الخلاف في السلق نحوه لابن بشير، وهو خلاف ما تقدم من كلام صاحب البيان أنه متفق عليه.

* * *

الأُضْحِيَّةِ فِي وُجُوبِهَا قَوْلانِ

عياض: الأضحية بضم الهمزة وتشديد الياء وأضحية أيضاً بكسر الهمزة، وجمعها أضاحي بتشديد الياء. ويقال الضحية بفتح الضاد المشددة وجمعها ضحايا. ويقال: أضحاة وجمعه أضاحٍ وأضحى سميت بذلك؛ لأنها تذبح يوم الأضحى ووقت الضحى، وسمي يوم الأضحى من أجل الصلاة في ذلك الوقت. كما سمي يوم التشريق على أحد التأويلين، أو لبزور الناس فيه عند شروق الشمس للصلاة. يقال: أضحى الرجل إذا برز للشمس، والشمس تسمى الضحى والضحاء ممدود، أو من الأكل منها ذلك اليوم. يقال: تضحَّى القوم إذا تغذوا. وقد تسمى الأضحية من هذا المعنى، وسمي يوم الأضحى لذبح الأضاحي فيه. والمشهور أنها سنة، وللشيوخ في نقل حكمها ثلاث طرق:

أولها: أن المذهب كله أنها سنة. وما ذكر في الروايات مما يوهم خلاف ذلك فراجع إليه. **ثانيها**: أن المذهب على قولين: السنة والوجوب. **ثالثها**: يزاد إلى هذين القولين ثالث بالاستحباب.

فرع: والمشهور أن الضحية أفضل من التصدق. قال في المدونة: ولا يدع أحد الضحية ليتصدق بثمنها. ابن حبيب: وهي أفضل من العتق؛ لأن إحياء السنة أفضل من التطوع. وعن مالك: التصدق أفضل.

لأَنَّ فِيهَا: يُسْتَحَبُّ لِمَنْ قَدَرَ أَنْ يُضَحِّيَ، وَفِيهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَمَنْ كَانَتْ لَهُ أُضْحِيَّةٌ فَأَخَّرَهَا حَتَّى انْقَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ أَثِمَ، وَحُمِلَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ أَوْجَبَهَا ....

لما ذكر في الأضحية قولين ذكر كلامه في المدونة لكونه يتضمن القولين؛ لأن قوله: (**يُسْتَحَبُّ**) نص في عدم الوجوب. وقوله: (**أَثِمَ**) ظاهر في الوجوب؛ إذ الإثم من خصائصه. وأجيب بثلاثة أوجه:

أولها: أن التأثيم أو الاستغفار في كلامهم ليس خالصاً بالوجوب، بل يطلقون التأثيم كثيراً على ترك السنن، وربما أبطلوا الصلاة ببعض السنن، ويقولون: تارك بعضها يستغفر الله، كما قال مالك في المدونة في تارك الإقامة.

ثانيها: وهو الذي ذكره المصنف أنه محمول على أنه كان أوجبها، وسيأتي بماذا تجب.

ثالثها: أن التأثيم من قول ابن القاسم واجتهاده، وما ذكره من الاستحباب من قول مالك فلا تناقض فيه لاختلاف القائل. واعلم أن هذا الكلام ليس له هنا كبير جدوى؛ لأن القولين منصوصان خارج المدونة، وكلامه يوهم أنه للقولين أصل من كلامه في المدونة وليس كذلك.

وَتَجِبُ بِالْتِزَامِ اللِّسَانِ أَوْ بِالنِّيَّةِ عِنْدَ الشِّرَاءِ عَلَى الْمَعْرُوفِ فِيهِمَا كَالتَّقْلِيدِ وَالإِشْعَارِ فِي الْهَدْيِ، وَبِالذَّبْحِ ....

لما ذكر أن مسألة المدونة حملت على الوجوب أخذ يبين بماذا تجب، وذكر أنها تجب بثلاثة أمور: اثنان مختلف فيهما، والثالث متفق عليه.

فالأولان: **الأول** منهما: التزام اللسان؛ أي: مع النية وإلا فاللفظ وحده يكفي. **والثاني**: النية مع الشراء، ولا يريد خصوصية الشراء بل فعل مع النية أي فعل كان، وذكر أن هذا هو المعروف. وفي الجواهر: إذا قال جعلت هذه الشاة أضحية تعينت. وحكى القاضي أبو الوليد في المذهب قولاً بأنها لا تجب إلا بالذبح. انتهى.

وفي قوله: "حكى الباجي" قولاً. نظرٌ؛ لأنه المذهب عند الباجي، ففي الباجي: ولا تتعين الأضحية بشرائها لذلك على سبيل الوجوب، وإنما تتعين على سبيل الوجوب بالذبح. وقال إسماعيل: وقبل فري الأوداج؛ لأنه قد وجد منه النية والفعل. وقد قال إسماعيل وجماعة من شيوخنا: تتعين بالنية والقول باللسان، وتجب بذلك كما تجب

بالذبح، ويكون ذلك فيها كالإشعار والتقليد في الهدي. انتهى. وفي البيان: لا تجب عند مالك بالتسمية. وقد قال إسماعيل القاضي: إذا قال: "أوجبتها أضحية" تعينت. [٢٣٠/ ب] وهو بعيد. ولا تتعين عند مالك إلا بالذبح، قال: وقال إسماعيل: لا يلزمه بدلها إذا تعينت. وفي المقدمات: لا تجب إلا بالذبح بخلاف الهدي الذي يجب بالتقليد والإشعار.

وقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية ما يدل على أنها تجب بالتسمية قبل الذبح فقال: لا تُجُزُّ الضحية بعد أن تسمى، فإن فعل انتفع بصوفها ولم يبعه. وقال سحنون: أشهب: لا بأس ببيعه إذا جزه قبل الذبح، وخفف ذلك.

أصبغ: وهو الذي يأتي على أنها لا تجب إلا بالذبح، وهو المشهور في المذهب. انتهى. فصرح بأن المشهور عدم تعيينها بالتسمية، وحمل في البيان رواية ابن القاسم على الاستحباب. وفي التنبيهات: وقولُه في المدونة - في الذي إذا ذبح أضحيته، فاضطربت فانكسرت رجلها أو أصابت السكين عينها - أنها لا تجزئه ظاهرٌ بين أنها لا تتعين بالنية والقصد والتسمية إلا بذكاتها؛ إذ ليس في التعيين أوضح من إضجاعها للذبح، خلاف ما ذهب إليه البغداديون من أنه إذا عينها أضحية تعينت كالهدايا، ولم يجز له بدلها، ولم يضره ما حدث بها من عيب. انتهى.

وقال ابن يونس بعد قول إسماعيل: وهذا القول أحسن غير أن ظاهر قول مالك خلافه. وقد قال في الموازية فيمن اشترى أضحيته سليمة وأوجبها، فلم يذبحها حتى نزل بها عيب لا تجوز به في الضحايا: أنها لا تجزئه بخلاف الهدي بعد التقليد والإشعار، وذلك أن الضحايا لا تجب إلا بالذبح. انتهى. وفي الذخيرة: المشهور أنها لا تتعين إلا بالذبح أو بالنذر. وعلى هذا قول المصنف المعروف ليس بجيد؛ لأن المعروف خلافه. وقوله: **(وَبِالذَّبْحِ)** معطوف على قوله: **(بِالْتِزَامِ اللِّسَانِ)** أي: وتجب بالذبح، وهذا هو الثالث ولا خلاف فيه.

وَإِذَا لَمْ يُوجِبْهَا جَازَ بَدَلُهَا بِخَيْرٍ مِنْهَا لا بِدُون وَلَعَلَّهُ عَلَى الْكَرَاهَةِ وَإِلا فَمُقْتَضَاهُ جَوَازُ التَّرْكِ ....

قوله: (**بِخَيْرٍ مِنْهَا**) يريد: أو مثلها، ولفظ التهذيب: وله أن يبدل أضحيته بمثلها أو بخير منها. قلت: فإن باعها واشترى دونها، ما يصنع بها وبفضلة الثمن؟ قال: قال مالك: لا يجوز أن يستفضل من ثمنها شيئاً، وأنكر الحديث الذي جاء في مثل هذا. وتعقب على البراذعي بأنه لم يقل في الأم: يبدلها بمثلها، وإنما قال: لا يبدلها إلا بخير منها، وإن كان إبدالها بمثلها جائزاً لكن لا ينبغي للمختصر أن يزيد شيئاً، ولعل المصنف إنما اقتصر على قوله: (**بِخَيْرٍ مِنْهَا**) لهذا، وينبغي أن يكون إبدالها بخير منها مستحباً. وقول المصنف: (**وَلَعَلَّهُ**) أي: ولعل منعه إبدالها بدون على الكراهة.

قوله: (**وَإِلا فَمُقْتَضَاهُ**) يحتمل أمرين: **أولهما**: وإلا فبمقتضى مشهور المذهب جواز تركها رأساً. **والثاني**: وإلا فبمقتضى عدم إيجابها جواز الترك، ووقع في بعض النسخ: (البدل) عوض (**التَّرْكِ**).

وأشار ابن عبد السلام إلى أنه لم يصرح في المدونة بما أراده المصنف من أنه كره لمن باع أضحيته أن يستفضل بعض ثمنها؛ لاحتمال أن يكون تكلم على من عين ثمناً ليشتري به أضحية ثم اشترى بدون ذلك الثمن واستفضل بقيته، بل هذا أولى من الأول، وفيه جاء حديث حكيم بن حزام الذي أشار إليه في المدونة والعتبية، ولأجل الاحتمال المذكور، واختصر البراذعي المسألة على الجواب والسؤال، وهكذا الغالب من حاله في مثل هذا.

وقد يقال: إن الكراهة فيما ذكره المصنف على الاحتمالين؛ لأنه إذا كره أن يستفضل من الثمن الذي أخرج ثمناً للأضحية، فلأن يكره بيع الأضحية ليستفضل من ثمنها من باب الأولى. انتهى. وحديث حكيم المشار إليه هو ما خرجه الترمذي: أنه صلى الله عليه

وسلم بعثه ليشتري له أضحية بدينار، فاشترى أضحية فأربح فيها ديناراً، فاشترى أخرى مكانها، فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «ضحِّ بالشاة وتصدق بالدينار». **ابن القاسم**: وأنكر مالك هذا الحديث.

وَلَوْ مَاتَ اسْتُحِبَّ لِوَرَثَتِهِ، بِخِلافِ مَا أَوْجَبَ فَإِنَّهَا تُذْبَحُ

استحب للورثة الذبح؛ لأن فيه تنفيذ قصد الميت كما في سائر القرب التي مات ولم ينفذها. ابن عبد السلام: قال بعضهم: ولا خلاف في ذلك. انتهى. وفي الجواهر: استحب ابن القاسم أن يذبح عنه، ولم يره أشهب. انتهى. وانظر هل قول أشهب ينقض الاتفاق، أو الاتفاق راجع إلى الاستحباب من حيث الجملة. وخلاف أشهب إنما هو راجع إلى الاستحباب عن الميت.

وقوله: (**بِخِلافِ مَا أَوْجَبَ**) أي: فيجب عليهم ذبحه بناء على ما قدمه من أنها تجب، لا على المشهور.

ثُمَّ فِي جَوَازِ قِسْمَتِهَا أَوِ الانْتِفَاعِ بِشَرِكَةٍ قَوْلانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقِسْمَةَ تَمْيِيزُ حَقٍّ أَوْ بَيْعٍ ....

الباجي: وتورث الأضحية بعد الذبح، ولورثته أكلها. ولا خلاف بين أصحابنا أنهم يمنعون من بيعها؛ لأنها إنما تنقل إليهم على حسب ما كان للمضحي فيها، وأما قسمتها فروى مطرف وابن الماجشون عن مالك وعيسى عن ابن القاسم إجازة ذلك، ومنع منه في كتاب محمد، قال: لأنه يصير بيعاً بناء على اختلاف قول مالك وأصحابه في قسمة القرعة هل هي بيع أو تمييز حق؟ وأما قسمة التراضي فبيع، وهكذا فرض التونسي المسألة بعد [٢٣١/أ] الذبح، ونسب لابن القاسم أنها تؤكل، ولا تقسم على المواريث، ولأشهب القسم، قال: وقول ابن القاسم أشبه؛ لأنه قد وجبت قربة بالذبح، واتفق على

أنها لا تباع في الدين، فأشبهت الحبس، فينتفع بها الورثة، غير أنهم جعلوا لجميع الورثة من زوجة وغيرها في ذلك حقّاً؛ لأن الميت هكذا قصد، ولا يصح أن يزيد بعض الورثة في فرضه على الانتفاع بها، ويكون على هذا حظ الأنثى مثل حظ الذكر إذا تساويا في الأكل. وأشهب يقسمها على المواريث، ولا يقضي منها دينه، وكيف يصح ميراث قبل قضاء الدين؟ انتهى.

وإذا كان الخلاف إنما نقله الأشياخ إذا مات بعد الذبح علمت أن كلام المصنف ليس كما ينبغي؛ لأن كلامه إنما هو فيما قبل الذبح، وقد أجراه ابن عبد السلام على ظاهره، فقال: يعني إذا مات بعدما أوجبها أضحية، وضحى بها الورثة عنه واستحب لهم ذبحها، أو مات بعد ذبحها فاختلف. وذكر القولين، ولم أر القولين إلا فيما ذكرته، وكذلك ذكر اللخمي وابن يونس وابن شاس وغيرهم.

وَتُبَاعُ مُطْلَقاً فِي الدَّيْنِ كَمَا يُرَدُّ الْعِتْقُ وَالْهَدْيُ

مراده بالإطلاق سواء أوجبها أم لا، وهذا ما لم تذبح، فإن ذبحت لم تبع، نص عليه مالك في المختصر والواضحة وابن القاسم في العتبية. التونسي: وإذا كان للغرماء بيعها قبل ذبحها فلم لا يبيعون اللحم؟ لأنه يصير متعدياً بالذبح وقد أحاط الدين بماله فأشبه ما لو أعتق وقد أحاط الدين بماله، فللغرماء رد عتقه، وإن كانوا عاملوه على أن يضحي، فليس لهم بيعها قبل الذبح. فانظره.

وما ذكره المصنف في الهدي - أي: بعد تقليده - نقله الباجي عن ابن القاسم، وقيده ابن زرقون بالدين القديم قبل التقليد. الباجي: والفرق بين تقليد الهدي وذبح الأضحية أن التقليد لا يضمن به الهدي، والذبح تضمن به الأضحية فكان ذلك فوتاً فيها.

وَما أَخَذَهُ عَنْ عَيْبٍ لا تُجْزِئُ بِهِ صَنَعَ بِهِ مَا شَاءَ

أي: إذا اشترى أضحيته ووجد بها عيباً لا تجزئ معه أضحيته، فأخذ شيئاً عن ذلك العيب فإنه يصنع به ما شاء. قال في العتبية: ويبدل مكانها إن كان في أيام النحر، وإن فاتت فهو كمن لم يضحِّ. فالضمير في (**بِهِ**) عائد على (**مَا**)، وفي بعض النسخ: (**صنع بها**) فيعود الضمير على الأضحية، والنسخة الأولى أحسن؛ لأن فرض المسألة فيما أخذه عن عيب لا في الأضحية، إلا أن يقال: ذكر الأضحية يستلزم الحكم في العيب؛ لأنه إذا صنع بالأضحية ما شاء فأحرى المأخوذ عن عيب وفيه نظر. ويلزم عليه أيضاً مخالفة المذهب؛ لأن المنقول عن مالك عدم جواز بيعها لكونها خرجت مخرج القرب، وإنما هو قول أصبغ، ووجهه أنه إنما التزامها أضحية، والفرض أنها لا تجزئ كما لو ضلت ووجدها بعد أيام النحر.

ولو ذبحت قبل ذبح الإمام فقال ابن القابسي: لا يجوز بيعها ولو كانت لا تجزئ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي بردة في العناق: «**هي خير نسيكتك**»، فسمى ما أجزاه وما لم يجزه نسكاً. ومن الشيوخ من قال بجواز البيع، وإنما أطلق على ما لم يجزه نسكاً باعتبار قصد الذابح. ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم: «**ومن ذبح قبل الإمام فإنما هو لحم قدمه لأهله، ليس من النسك في شيء**». ونص ابن القاسم على منع بيع ما ذبح من الأضاحي يوم التروية، وأنكر ابن رشد بعد تسليمه مذهب ابن القاسم. ونص ابن حبيب على منع بيع شاة أضجعت للذبح فانكسرت رجلها أو أصابتها السكين في عينها. ونص التونسي على منع البيع في حق من جهل فضحى بذات عيب، أو وجد بها عيباً بعد أن ضحى بها، واضطرب الأندلسيون فيمن اشترى أضحيته فذبحها فوجدها عجفاء لا تنقي، هل له في ذلك مقال ويردها مذبوحة إن شاء، أو ليس له ردها ويأخذ قيمة العيب خاصة؟ ووقع في بعض النسخ: (**صنع بهما ما شاء**) فيكون الضمير عائداً على الأرش والأضحية، وهو ظاهر مما تقدم.

وَعَنْ عَيْبٍ تُجْزِئُ بِهِ وَهِيَ وَاجِبَةٌ فَكَلَحْمِهَا، وَفِي أَمْرِهِ بِذَلِكَ فِي غَيْرِ الْوَاجِبَةِ قَوْلانِ

هذا كقول ابن بشير: وإن كانت تجزئ به. فأما هي فتبقى أضحية، وأما المأخوذ؛ فإن أوجبها على ما قلناه تصدق به، أو أكله كما يصنع بلحمها بعد الذبح، وإن لم يوجبها فهل يؤمر بالصدقة، أو يفعل به ما شاء؟ في المذهب قولان:

أحدهما: أنه كالجزء فيؤمر بالصدقة أو الأكل، **والثاني**: أنها لا تجب، فيصنع به ما شاء.

ابن راشد: وكذلك إذا أتلفها الأجنبي فأخذ منه قيمتها، فيختلف: هل عليه أن يشتري به غيرها، أو يفعل به ما شاء؟ انتهى. والذي نص عليه ابن القاسم في الواضحة من رواية أصبغ، وهو قول أصبغ: أنه إذا وجد عيباً تجزئ بمثله بعد الذبح، أنه يتصدق بالثمن. ابن القاسم: وذلك بخلاف ما يرجع به من قيمة عيب بعبد قد أعتقه، هذا يصنع به ما شاء، وإن كان عيباً لا تجزئ بمثله؛ أي: في الرقاب الواجبة. ابن يونس: يريد إذا كان تطوعاً لأنه يجوز عتق المعيب دون الضحية به، وظاهر قول ابن القاسم أنه يتصدق به خاصة، [٢٣١/ ب] ولا ينتفع به كلحمها.

ابن عبد السلام: وهذا خلاف ما قال المؤلف، إلا أن يتأول كلامه على حذف مضاف؛ أي: فكثمن لحمها إذا بيع كما سيأتي.

خليل: والظاهر أنه لا يريد هذا المحذوف؛ لأنه يغلب على الظن أنه تبع هنا.

ابن بشير: ولأنه حذف ما لا دليل عليه. فإن قيل: ما الفرق بين الأضحية والعبد على قول ابن القاسم؟ فجوابه من وجهين:

أولها: أن المقصود في الضحية إنما هو القربة فإذا أخرج فيها ثمناً لم يرجع فيه، بخلاف العبد فإنه قد يراد لمعنى فيه فالمقصود فيه إنما هو فكاك رقبته وقد حصل.

وثانيها: ما أشار إليه بعضهم من أن ذلك خلاف سؤال؛ لأنه في الأضحية أخرج الثمن لقصد القربة، وفي مسألة العبد إنما اشتراه ليملكه وبعد الشراء أعتقه، ولو اشتراه

بنية العتق لكان كالضحية فيتصدق بالأرش، كما أنه لو اشترى الشاة ليملكها ثم ضحى بها لم يؤمر بالصدقة بقيمة العيب. قال في الوجيز: وإن ابتاع أضحية فلما ذبحها ظهر على عيب دلس به البائع، فقال أبو عمران: يرجع عليه بقيمة العيب. وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: يردها عليه ويرجع بالثمن كله ويشتري به أضحية، فإن فضل منه شيء فعند ابن المواز يتصدق به، وعند أشهب يأكله. انتهى.

وَحُكْمُ لَبَنِهَا وَصُوفِهَا وَوَلَدِهَا كَذَلِكَ

أي: فيفرق بين ما أوجبه وما لم يوجبه. وتبع المصنف ابن بشير في هذا والنقل لا يساعدهما. ففي المدونة: لم أسمع من مالك في لبنها شيئاً، إلا ما أخبرتك أنه كره لبن الهدي، وقد روي في الحديث: «**لا بأس بالشرب منه بعد ري فصيلها**»، فإن لم يكن للأضحية ولد فأرى ألا يشربه، إلا أن يضر بها فليحلبها وليتصدق به، ولو أكله لم أرَ عليه شيئاً، وإنما أنهاه عنه، كما أنهاه عن جز صوفها قبل ذبحها.

ابن عبد السلام: وظاهرها الكراهة إذا لم يكن لها ولد، وهي أحرى إذا كان لها ولد. وعن مالك له شربه بخلاف لبن الهدي؛ لأن الأضحية لم تجب بعدُ بخلافه.

اللخمي: وقال أشهب في مدونته: يصنع باللبن ما شاء، وله أن يحرمه ولدها. ولمالك في المبسوط: التفرقة؛ فيكره شربه إذا كان لها ولد، ويجوز إذا لم يكن. هذا تحصيل القول في اللبن.

وأما الصوف ففي المدونة: لا يجوز جز صوفها قبل الذبح، ولا يبيع من أضحيته لحماً ولا جلداً ولا شعراً ولا غيره. ابن المواز: إلا في الوقت الذي ينبت مثله قبل الذبح. اللخمي: وحكم الصوف بعد الذبح كحكم الأضحية، وأما قبله فاتفق ابن القاسم وأشهب على أنه ليس له أن يجزه؛ لأن فيه جمالاً لها، واختلفا إذا فعل فقال ابن القاسم: ينتفع به ولا يبيعه. وقال أشهب وسحنون: يبيعه. والأول أحسن؛ لأنه قد نواه مع الشاة

لله عز وجل. واستحب أن يبيع تلك الشاة إذا جز صوفها، ويشتري غيرها كاملة الصوف؛ لأن ذلك الذي فعل نقص من جمالها. قال صاحب البيان وابن زرقون: وقول ابن القاسم: استحباب؛ لأنها لا تجب عنده إلا بالذبح. وقد صرح التونسي بذلك فقال: استحب ابن القاسم ألا يبيعه. وعلى هذا فقوله: لا يجوز. ليس معناه أنه حرام، بل معناه: لا يباح. نقل الباجي وابن يونس عن أشهب جواز الجز قبل الذبح، ونحوه لابن نافع.

ابن عبد السلام: ومذهب ابن نافع كراهة شرب لبنها، وهو اختلاف قول. وقال عبد الحميد: إن اشترى شاة ونيته أن يجز صوفها للبيع وغيره، جاز ذلك سواء جزه قبل الذبح أو بعده، وهو تقييد لقول من منع من ذلك إن شاء الله تعالى. وهذا تحصيل القول في الصوف.

وأما الولد فإن خرج بعد الذبح فسيأتي، واختلف إن خرج قبله؛ فالمشهور استحباب ذبحه كما سيأتي، وقال ابن وهب: يجب ذبحه. وقال ابن حبيب: إن شاء ذبحه وإن شاء تركه. وقال أشهب: لا يذبحه ولا يجوز. هكذا نقله التونسي والباجي واللخمي.

الباجي: يريد لأن سن الأضحية معتبر وهو معدوم في السَّخْلَة، وهكذا قال ابن شاس وغيره. وقول ابن عبد السلام: ورأيت لفظة "لا يجوز" مضروباً عليها في نسخة صحيحة من النوادر؛ إن أراد بذلك مجرد الإخبار دون أن يقصد تضعيف نقل هذا القول فظاهر، وإن أراد تضعيف نقله فليس بجيد؛ لأن أئمة المذهب قد نقلوا ذلك، فيجب الرجوع إليهم. ونقل ابن يونس عن ابن المواز أنه قال: واستحب أشهب ألا يذبح معها.

وَفِيهَا: وَلا يَجِبُ ذَبْحُهُ إِنْ خَرَجَ قَبْلَ ذَبْحِهَا؛ لأَنَّ عَلَيْهِ بَدَلَهَا لَوْ هَلَكَتْ، ثُمَّ أَمَرَ أَنْ تُمْحَى، وَالأَوَّلُ الْمَشْهُورُ ....

ظاهر كلامه أنه اختلف قول مالك، فكان أولاً يقول بعدم الوجوب، ثم أمر بمحوه ورجع إلى وجوب الذبح، وليس كذلك، بل الذي أمر بمحوه وإبقائه شيء واحد. قال في

التهذيب: إذا ولدت الأضحية فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن تركه لم يكن ذلك عليه واجباً؛ لأن عليه بدل أمه لو هلكت. ابن القاسم: ثم عرضتها عليه فقال: امح واترك، إن ذبحه معها فحسن. ابن القاسم: ولا أرى ذلك عليه واجباً. واستشكل الشيوخ هذا الموضع؛ لأن الذي أمر بمحوه هو قوله: "لا أرى ذلك عليه واجباً"، والذي أبقاه هو قوله: "إن ذبحه معها فحسن" سواءٌ في [٢٣٢/ أ] الدلالة على عدم الوجوب، وأشار التونسي إلى أن اقتران عدم الوجوب دليل على ضعف ذلك الاستحسان، بخلاف ما إذا أبقى قوله: "فحسن أن يذبح معها ولدها" مجرداً عن عدم وجوب الذبح، فإنه قد يفهم منه تأكيد ذلك الاستحسان، وهذا التأكيد هو الذي رجع إليه مالك، والمعنى الآخر هو الذي رجع عنه، وهو الذي اختاره ابن القاسم. فلذلك أثبت اللفظ الدال عليه، فقال: لا أرى ذلك عليه واجباً.

فائدة:

ممحوات المدونة أربع: هذه، ونكاح المريض إذا صح قبل الفسخ، كان مالك أولاً يقول: يفسخ، ثم أمر بمحو الفسخ، والثالثة: إذا حلف ألا يكسو امرأته، فافتكَّ لها ثياباً من رهن، فقال مالك أولاً: يحنث، ثم أمر بمحوه، وقال: لا يحنث. قال ابن القاسم: وأرى إن لم تكن له نية أن يحنث. الرابعة: من سرق ولا يمين له أو له يمين شَلاَّء، فقال مالك: تقطع رجله اليمنى، ثم أمر بمحوه وأمر أن تقطع يده اليسرى.

أَمَّا لَوْ ذُبِحَتْ فَكَلَحْمِهَا

أي: إذا خرج الولد بعد الذبح فحكمه حينئذٍ كلحمها.

ابن هارون: وهذا متفق عليه؛ لأنه كالجزء منها.

وَلَوْ أَصَابَهَا عِنْدَهُ عَوَرٌ وَنَحْوُهُ لَمْ تُجْزِهِ، بِخِلافِ الْهَدْيِ بَعْدَ التَّقْلِيدِ

لا إشكال في هذا على القول بعدم الإيجاب، وأما على قول القاضي إسماعيل: إذا أوجبها فلا، كما تقدم. **ابن رشد:** وهو بعيد؛ لأنه يلزم عليه إن ماتت قبل أن يذبحها أن تجزيه، ولا يكون عليه أن يعيد ضحية أخرى. انتهى.

ولولا النقل لأمكن أن يقال هنا بوجوب البدل ولو قلنا بالتعيين، والفرق بين الإيجاب في الضحية والتقليد أن التعيين في الهدي ليس من جهة المكلف، وإنما هو شيء أمر به المكلف فصار بذلك كأنه وجب معيناً، والأصل في المعين عدم البدل، وأما التعيين في الأضحية، فإنما جاء من قبل نفسه فلا يسقط ما طلبه الشارع من طلب شاة سليمة من العيوب، ويوضح لك هذا أنه لو اشترى بعيراً وتلفظ بأن يجعله هدياً، ثم أصابه عيب قبل تقليده، فإنه لا يجزيه؛ لأن ذلك ليس مما طلبه الشارع منه، ولقائل أن يلتزم ذلك على قول القاضي. فقد قال ابن شاس: وإن قال ابتداء: جعلت هذه الشاة ضحية وهي معينة، فهل تصرف إلى مصارف الضحية، أو يعوض بها سليمة؟ فيها الخلاف المتقدم في الهدي، وكذلك لو قال: لله عليَّ أن أضحي عرجاء، فهل تلزمه سليمة أو لا تلزمه إلا العرجاء؟ فيه الخلاف المتقدم.

وَكَذَلِكَ لَوْ ضَلَّتْ إِلَى أَنِ انْقَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ فَوَجَدَهَا صَنَعَ بِهَا مَا شَاءَ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَبَسَهَا إِلا أَنَّ هَذَا إِثْمٌ ....

يعني: ولكونها لا تتعين يكون الحكم كذلك، فالإشارة بذلك إلى عدم التعيين اللازم من وجوب بدلها إذا طرأ بها عيب. قال في المدونة: وإن وجدها في أيام النحر فليذبحها، إلا أن يكون قد ضحى ببدلها فيصنع بها ما شاء. قيل: وينبغي على قول القاضي إسماعيل الذي يرى أنها تجب بالنية. والقول: أن يذبحها إذا وجدها في أيام النحر ولو كان ضحى

بغيرها، قال هذا القائل: وكذلك إذا مضت أيام النحر، وتقدم الكلام على قوله: **(إثم)** وفي بعض النسخ **(ولذلك)** باللام.

وَلَوِ اخْتَلَطَتْ بَعْدَ الذَّبْحِ أَوْ جُزْؤُهَا فَفِي جَوَازِ أَخْذِ الْعِوَضِ قَوْلانِ

ظاهر قوله: **(فَفِي جَوَازِ أَخْذِ الْعِوَضِ)** أنه لا فرق في العوض بين أن يكون من الجنس أو من غيره. وظاهره أن القولين فيها بالجواز والمنع، ولم أرَ في الجنس قولاً بالجواز، بل القولان فيه بالكراهة والتحريم. ففي اللخمي: قال يحيى بن عمر في رجلين أمرا رجلاً أن يذبح لهما فاختلطا بعد الذبح: أنهما يجزيان من الضحية ويتصدقان بهما، ولا يأكلان منهما شيئاً. وقال محمد بن المواز في رؤوس الأضاحي تختلط عند الشواء: أكره لك أن تأكل متاع غيرك، ولعل غيرك لا يأكل متاعك.

محمد: ولو اختلطت برؤوس الشواء لكان خفيفاً؛ لأنه ضامن كمن ضمن لحم الأضاحي، وقد قيل: ليس له طلب القيمة.

اللخمي: فعلى قول محمد يجوز إذا اختلطت الشاتان أن يأكلاهما؛ لأنه إنما كره أكل الرأس لإمكان أن يكون الآخر تصدق به ولم يأكله، فلا تأكل أنت متاعه، وهذا استحسان. واعترض عبد الحق قول يحيى وقال: ما أرى المنع من أكلها، وهي شركة ضرورية تشبه شركة الورثة في أضحية مات صاحبها. وأما القولان في أخذ العوض من غير الجنس، فلم أر فيه قولاً بالمنع نعم هو يلزم على قول يحيى؛ لأنه إذا منع أخذ العوض من الجنس فالمنع في غيره أولى.

وعن ابن القاسم: استحب لمن سرقت رؤوس أضاحيه ألا يغرمه شيئاً. وكأنه رآه بيعاً. وقال ابن الماجشون وأصبغ: له أخذ القيمة ويصنع بها ما شاء، ألا ترى أن من حلف ألا يبيع ثوبه فيغصبه غاصب، أن له أن يأخذ قيمته. وما احتج به من قوله: "ألا ترى أن من حلف... إلى آخره" ليس متفقًا عليه، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى. وقال عيسى بن دينار: أحب إلي أن يأخذ الثمن من السارق، ويتصدق به، ونحوه لابن القاسم فيمن

أعطى جلداً للدبَّاغ، فادعى السرقة، إن كان يثق به فلا يأخذ منه شيئاً، وإن كان يتهمه أخذ منه قيمته وتصدق بها. ومنشأ الخلاف: هل القيمة بيع أم لا؟ [٢٣٢/ب] واستشكل في البيان قول من قال باستحباب التصدق بأن أخذ القيمة إن لم يكن بيعاً فلا وجه لاستحباب التصدق بها، وإلا فلا يجوز ذلك، وإن تصدق بها لأنه لا يجوز أن يبيع الإنسان شيئاً من أضحيته ليتصدق بثمنه.

وَأَمَّا قَبْلَهُ فَالْمَنْصُوصُ إِذَا قُسِمَتْ فَأَخَذَ الأَقَلَّ بَدَّلَهُ بِمُسَاوِي الأَفْضَلِ، وَقُيِّدَ بِالاسْتِحْبَابِ .....

أي: وأما إن اختلطت قبل الذبح فإن تساويا فواضح، وإن لم يتساويا فمن أخذ الأفضل ذبحه، ومن أخذ المفضول استحب له أن يبدله بما يساوي الأفضل. وإليه أشار بقوله: (**بِمُسَاوِي الأَفْضَلِ**). ومعنى (**الْمَنْصُوصُ**) المنقول، وليس مراده بذكر المنصوص التنبيه على خلاف، ولأجل أن مراده بالمنصوص المنقول قال: (**وَقُيِّدَ**) وهو ظاهر.

ابن بشير: والإبدال بالمساوي ظاهر إذا عينها، وأما إذا لم يعين فإنما ذلك على طريق الاستحباب. انتهى. ونقل ابن يونس عن ابن عبد الحكم أن الضحايا إذا اختلطت فلا بأس أن يصطلحا فيها؛ يأخذ كل واحد كبشاً ويجزيه. فقد يقال: هذا مخالف لكلام المصنف؛ لأن ظاهره سواء كانا متساويين أو لا، وعلى هذا فهمه بعضهم، ويحتمل أن يكون أراد المتساويين فلا يكون مخالفاً، والله أعلم.

فَلَوْ ذَبَحَ أُضْحِيَّةَ غَيْرِهِ غَالِطاً لَمْ تُجْزِئْ مَالِكَهَا، وَالْمَشْهُورُ: وَلاَ الذَّابِحَ، وَثَالِثُهَا: إِنْ فَاتَتْ قَبْلَ تَخْيِيرِ مَالِكِهَا أَجْزَأَتْ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنِ اخْتَارَ مَالِكُهَا الْقِيمَةَ أَجْزَأَتْ كَعَبْدٍ أُعْتِقَ عَنْ ظِهَارٍ فَاسْتُحِقَّ

إنما لم تجز مالكها لعدم نيته ونية موكله.

خليل: ولم أرَ في ذلك خلافاً. وأما الذابح ففي إجزائها عنه أقوال:

المشهور: لا تجزئ لوقوع القربة في غير محل، وهو أحد قولي أشهب. **والثاني**: أنها تجزيه، وهو أحد قولي أشهب؛ لأن أخذ القيمة يحقق له الملك بناء على أن المرتقبات إذا وقعت، هل يقدر حصولها الآن أو من الأول؟

والثالث لابن حبيب: إن كانت على وجه لا يكون لمالكها إلا أخذ قيمتها أجزأت؛ لأنه حينئذٍ يصير كأنه ضحى بملكه، وإن بقي لربها فيها خيار لم تجزئ؛ لأن ذابحها كأنه إنما ملكها بعد الذبح. وأما قول ابن المواز أنها تجزئ إذا أخذ ربها قيمتها، فهو تفسير لقول أشهب، وهو كذلك في المدونة؛ إذ لا يمكن أن يقول أشهب بالإجزاء إذا اختار ربها أخذ لحمها. ولذلك لم يعده المصنف رابعاً.

وكذلك أيضاً أشار ابن المواز إلى أن قول ابن القاسم بعدم الإجزاء إنما هو إذا أخذ لحمها، وأما إذا أخذ قيمتها فإنها تجزيه.

ابن المواز: وإن أسلمها وأخذ قيمتها، فابن القاسم يقول: لا تجزئ الذابح، ولا له بيع لحمها، ويأكله أو يتصدق به، وقاله أصبغ. وهذه من كتب المجالس لم تتدبر، وأحب إليَّ أن تجزئ عنه، كعبد اشتراه وأعتقه عن ظهار، ثم استحق بعد أن شهد شهادات، ونكح وطلق فأجاز ربه العتق، فإنه يجزئ معتقه وتنفذ شهادته وجميع أحكامه، وإن نقض عتقه بطلت أحكامه. وقد يفرق للمشهور بأن مشتري العبد كالمالك حقيقة عند الفقهاء، ويعطونه جميع أحكامه، وقد ضمنه بدفعه الثمن بخلاف الغالط، ولهذا قال عبد الحق: ولو اشترى الأضحية وذبحها ثم استحقت، فأجاز ربها البيع، لأجزأته وصارت كالعتق سواء لفعله ذلك بشيء ضمنه بالعوض الذي وداه. واختلف لو غصب شاة وذبحها وأخذ ربها القيمة منه، هل تجزئه لأنه ضمنها بالغصب أم لا؟ لأن هذا ضمان عداء وذلك ضمان ملك. **عبد الحق**: والأول أبين على طرد العلة.

ابن عبد السلام: وحيث أخذها مالكها مذبوحة تصرف فيها كيف شاء. انتهى. ولا يقال إن قول ابن المواز موافق لقول ابن الحبيب؛ لأنه يظهر الفرق بينهما إذا لم تفت، واختار مالكها القيمة، فعلى قول ابن حبيب لا تجزئ، بخلاف قول محمد.

وَشَرْطُهَا: أَنْ تَكُونَ مِنَ النَّعَمِ، وَفِيمَا تَوَلَّدَ مِنَ الأُنْثَى مِنْهَا قَوْلَانِ

احترز بالنعم من الطير والوحش. والنعم: الإبل والبقر والغنم.

ابن شعبان: ولا يختلف المذهب أن الإناث إذا كانت من غير النعم لا تجزئ، وإن كانت منها فقولان. قال: والذي أقول به الجواز؛ لأن أكثر الأحكام على أن الولد تابع لأمه. وانظر هل يتخرج قول بجواز الضحية إن كانت الأم وحشية من القول بوجوب الزكاة في ذلك كما تقدم في الزكاة.

وَالأَفْضَلُ الضَّأْنُ ثُمَّ الْمَعْزُ، وَفِي أَفْضَلِيَّةِ الإِبِلِ عَلَى الْبَقَرِ أَوْ الْعَكْسِ قَوْلَانِ، وَفِي أَفْضَلِيَّةِ ذُكُورِهَا أَوِ التَّسَاوِي قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ الْفَحْلُ وَالْخَصِيُّ وَالأَقْرَنُ وَالأَبْيَضُ أَفْضَلُ ....

الغنم في الضحايا أفضل؛ لفعله صلى الله عليه وسلم، وبها فدي الذبيح ولد إبراهيم عليه السلام، وهو أصل مشروعية الأضحية. ونقل الحفيد عن أشهب وابن شعبان أن الإبل أفضل من الغنم كمذهب الشافعي. والخلاف فيما بين البقر والإبل خلاف في حال، هل هذا أطيب أم هذا؟ والظاهر طيب البقر، وهو قول الجلاب وعبد الوهاب في المعونة، واستقرأه صاحب البيان من العتبية. والقائل بأن الإبل أفضل هو ابن شعبان.

وظاهر المذهب تفضيل الذكور. وفي المبسوط الذكر والأنثى في الضحية والهدي سواء. وكذلك الفحل على الخصي، وهو مذهب الرسالة، وحكى ابن بزيزة قولاً بأن الخصي أفضل من الفحل لطيب لحمه. وإناث الجنس الفاضل أفضل من ذكور الجنس

الذي يليه، وإناث المعز أفضل من ذكور [٢٣٣/ أ] البقر. وعلى هذا فالمراتب اثنتا عشرة مرتبة ولا تخفى عليك.

وخرج مسلم وأبو داود عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن يطأ في سواد، ويبرك في سواد، وينظر في سواد، فأتي به ليضحي فقال: «**يا عائشة هلمي المدية**»، ثم قال عليه الصلاة والسلام: «**اشحذيها بحجر**»، ففعلت، ثم أخذها وأخذ الكبش وأضجعه ثم قال: «**بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد**»، ثم ضحى به. زاد النسائي: ويأكل في سواد. ولهذا قال ابن وهب: استحب جماعة من الصحابة والتابعين الضحية بكبش عظيم سمين أقرن أملح، ينظر في سواد ويسمع في سواد ويشرب في سواد، والجمهور على اختيار التسمين، وفي البخاري عن أبي أُمامة: كنا نسمِّن الأضحية بالمدينة. وكره ذلك ابن شعبان لئلا يتشبه باليهود. وروى البخاري ومسلم أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين. والأقرن أن يكون ذا قرون.

ابن عبد البر: وأجمع الجمهور أنه لا بأس أن يضحي بالخصي إذا كان سميناً، قالوا: والأقرن الفحل أفضل من الخصي الأجم، إلا أن يكون الخصي الأجم أسمن فهو أفضل. وكذلك قال ابن حبيب: الخصي السمين أفضل من الفحل المهزول. والأملح قيل: هو كلون الملح فيه طاقات سود. وقيل: هو الأسود تعلوه حمرة. وقيل: هو المتغير الشعر بالسواد والبياض كالشهبة. وقال ابن الأعرابي: هو النقي البياض. وهو يوافق ما ذكره المصنف من تفضيل الأبيض. ويحتمل أن يكون مراد المصنف بالأبيض ما تقدم أن الصحابة استحبوه، ويكون أطلق عليه أبيض باعتبار غالبه.

وَأَقَلُّ مَا يُجْزِئُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ، وَالثَّنِيُّ مِنْ غَيْرِهِ

لما خرجه مسلم وأبو داود والنسائي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تذبحوا إلا مسنة، إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن**».

وَأَكْمَلُهُ الْجَوْدَةُ وَالسَّلامَةُ مُطْلَقاً، وَلا تُجْزِئُ الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا، والْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ ضَلَعُهَا، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا، وَالْعَجْفَاءُ الَّتِي لا تُنْقِي؛ أَيْ: لا مُخَّ فِيهَا، وَقِيلَ: لا شَحْمَ .....

لا إشكال في أفضلية الكامل، وكره مالك تغالي الناس في الضحايا، وكره لرجل يجد بعشرة دراهم أن يشتري بمائة درهم. وفي الموطأ وغيره عن البراء بن عازب: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: ماذا يتقى في الضحايا؟ فأشار بيده وقال: «أربع»، وكان البراء يشير بيده ويقول: يدي أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم، «**العرجاء البيِّن ضلعها، والعوراء البيِّن عورها، والمريضة البيِّن مرضها، والعجفاء التي لا تُنْقِي**».

ابن عبد البر: وهذه العيوب مجمع عليها. **عياض**: وضلعها بفتح الضاد واللام.

أبو الحسن: وروي بالظاء المشالة؛ أي عرجها، وهي التي لا تلحق الغنم. ابن حبيب عن مالك: وأما العرج الخفيف إذا لم يمنع أن تسير بسير الغنم فلا يمنع الإجزاء.

والبين عورها هي التي ذهب بصر أحد عينيها، وإن كان بعينيها بياض على الناظر يسير لا يمنعها أن تبصر، أو كان على غير الناظر لم يمنع الإجزاء. قال محمد عن مالك: وإن كان على الناظر فهي العوراء.

الباجي: وكذلك عندي لو ذهب أكثر بصر عينيها.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام أشهب أنه إن نقص نظرها شيئاً لم يَجز أن يضحي بها.

وأما البين مرضها فهو وصف ظاهر، وهو الذي عمم به الفقهاء أكثر الأحكام. وإن وقع خلاف في بعضها فلتحقيقه هل هو كثير أو لا؟ ولا خلاف في إلحاق ما هو أشد من هذه العيوب بها كالعمى وقطع اليد والرجل. كما لا خفاء في عدم إلحاق ما ليس بمساوٍ لها.

مالك: ولا يجوز الدبر من الإبل. ابن القاسم: يريد بذلك الدبرة الكبيرة، وأن المجروح بتلك المنزلة إن كان جرحاً كبيراً، يريد: فيلحق بالمرض.

محمد: ولا تجزئ يابسة الضرع كله، وإن أرضعت ببعضه فلا بأس. وفي المبسوط: لا تجزئ البكماء. والنَّتَن في الفم مما يُتَّقى، قال في الذخيرة: لنقصان الجمال واستلزامه تغير اللحم أو بعضه. والأكثر على أن معنى قوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تنقي**»؛ أي: لا مخ في عظامها، وهو المنقول عن أهل اللغة. وقال ابن حبيب: هي التي لا شحم فيها، وفسرها ابن الجلاب وغيره بالوجهين.

وَكَذَلِكَ قَطْعُ الأُذُنِ وَالذَّنَبِ وَنَحْوِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ بِنَاءً عَلَى التَّعْدِيَةِ أَوِ الْقَصْرِ

الشاذ لابن القصار وعبد الوهاب، ورأيا أن إشارته صلى الله عليه وسلم بيده وتلفظه بالعدد الخاص كالحصر. والأحسن لو قال: ونحوهما، ولعله يريد بذلك الثدي.

وَيُغْتَفَرُ الْيَسِيرُ، وَهُوَ مَا دُونَ الثُّلُثِ، وَفِي الثُّلُثِ قَوْلانِ، وَفِيهَا: وَمَا سَمِعْتُ مَالِكاً يُوَقِّتُ نِصْفاً مِنْ ثُلُثٍ ....

هذا تفريع منه على الأشهر، وحاصله أنه يغتفر ما دون الثلث، ولا يغتفر ما زاد عليه، (**وَفِي الثُّلُثِ قَوْلانِ**) وظاهر كلامه أن هذا في الأذن والذنب، ولابن بشير نحوه وهو صحيح، أما الأذن فقد نص ابن حبيب فيه على أن الثلث كثير. وقال ابن المواز: النصف عندي كثير من غير أن أجد فيه حدّاً. فأخذ منه غير واحد أن الثلث يسير. وأما الذنب فنص ابن المواز وابن حبيب على كثرة الثلث فيه. وحكى التونسي قولاً بيسارته. وفي البيان بعد أن ذكر أن ما دون الثلث من الأذن يسير باتفاق، وأن النصف كثير باتفاق: وإنما اختلف في الثلث والذنب والأذن فيها يستحق سواء. وقال الباجي: الصحيح [٢٣٣/ ب] أن ذهاب ثلث الأذن يسير، وذهاب ثلث الذنب كثير؛ لأن الذنب لحم وعصب، والأذن

طرف جلد لا يكاد يستضر به، لكن ينقص الجمال كثرته. وما ذكره المصنف عن المدونة ظاهر أنه في الأذن والذنب وليس هو كذلك فيهما بل هو خاص بالأذن.

وَالنَّهْيُ عَنِ الْخَرْقَاءِ وَالشَّرْقَاءِ وَالْمُقَابَلَةِ وَالْمُدَابَرَةِ بَيَاناً لِلأَكْمَلِ عَلَى الأَشْهَرِ

النهي المشار إليه خرجه ابن أبي شيبة وأبو داود وابن ماجه والترمذي والنسائي عن علي رضي الله عنه قال: أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن، ولا يضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء. فالمقابلة هي التي قطع من جهة أذنها من قبل وجهها وترك معلقاً، وإن كان قطع من جهة قفاها فهي المدابرة، والشرقاء هي المشقوقة الأذن، والخرقاء: المثقوبة الأذن. هكذا فسر أهل اللغة وأصحابنا.

الباجي: وأما القطع في الأذن أو الأذنين كالمقابلة والمدابرة والخرقاء والشرقاء، فقال ابن القصار: لا يمنع الإجزاء إلا الاستحباب، وهذا قول مطلق. والمذهب على أن الكثير يمنع الإجزاء. **ابن بشير**: وحمل ابن القصار النهي المذكور على منع الكلام، وهو على قوله المتقدم يقصر منع الإجزاء على العيوب المذكورة. وفي الرسالة: ولا المشقوقة الأذن إلا أن يكون يسيراً وكذلك القطع. وفي المدونة: ولا بأس في الأذن بمثل الميسم أو شق يسير أو قطع يسير. وأما جدع الأذن أو شقها فلا يجوز، وما سمعت مالكاً يوقت في الأذن نصفاً ولا ثلثاً. وعلى هذا ففي قول المصنف: (**بيان الأكمل**) على الأشهر نظر، ولا يقال: لعل كلام المصنف محمول على اليسير؛ لأنا نقول: لم يحكوا في اليسير خلافاً.

وَيُغْتَفَرُ كَسْرُ الْقَرْنِ مَا لَمْ يَكُنْ مُمْرِضاً كَالدَّامِي

هكذا قال في المدونة والرسالة. قال في الرسالة: وإن لم يَدْمَ فذلك جائز. وقال أشهب: لا يضحى بكسير القرن إن كان يَدْمَى، فإن فعل أجزأه. وينبغي أن يكون هذا الخلاف راجعاً إلى تحقيق العلة؛ لأن المعتبر إنما هو المرض المبين.

التونسي: وإذا استؤصل قرناها وقد برئت أجزأت. وفي كتاب ابن حبيب: لا تجزئ. والصواب الأول؛ لأن ذلك ليس نقصاً في الخلقة ولا في اللحم؛ لأن النعاج لا قرن لها. وعلى الإجزاء أكثر الشيوخ، وفهم أبو عمران وغيره المدونة عليه.

وَلَوْ كَانَتْ بِغَيْرِ أُذُنٍ أَوْ ذَنَبٍ خِلْقَةً وَهِيَ السَّكَّاءُ وَالْبَتْرَاءُ فَكَقَطْعِهِمَا

أي: فلا يجزيان، وقوله: (**السَّكَّاءُ**) راجع إلى المخلوقة بغير أذن، و(**الْبَتْرَاءُ**) راجع إلى المخلوقة بغير ذنب.

وَالصَّمْعَاءُ جِدّاً كَالسَّكَّاءِ بِخِلافِ الْجَمَّاءِ، وَالْبَشَمُ وَالْجَرَبُ كَالْمَرَضِ

الصمعاء والسكاء ممدودان، والصمعاء الصغيرة الأذنين. أي: فإن كانت صغيرة الأذنين جدّاً فلا تجزئ كما لو كانت بغير أذنين، وهكذا قال الباجي؛ لأن الأذن إذا كانت من الصغر بحيث تقبح به الخلقة تمنع الإجزاء. فإن قلت: ما ذكره المصنف مخالف للمدونة لقوله فيها: ولا بأس بالجلحاء وهي الجماء، والسكاء وهي صغيرة الأذنين.

ابن القاسم: ونحن نسميها الصمعاء. قيل: ليس هو خلاف؛ لأن المصنف إنما تكلم على الصمعاء جدّاً لا على مطلق الصمعاء. والجماء: التي لا قرن لها.

ابن بشير: ولا خلاف فيها. وحكى بعضهم فيها الإجماع. والبشم: التخمة، ومعنى كون البشم والجرب كالمرض أنه إن كان بيّناً لم تجزئ وإلا أجزأت.

وَفِي السِّنِّ الْوَاحِدَةِ وَالاثْنَتَيْنِ قَوْلانِ، بِخِلافِ الْكُلِّ وَالْجُلِّ عَلَى الأَشْهَرِ

معناه: إن ذهب جميع الأسنان أو جلها ففيه قولان، أشهرهما أنه لا يجزئ، والقول بالإجزاء مبني على قول من قصر العيوب على الأربعة الواردة في الحديث، وعليه فلا إشكال في الإجزاء في السن والسنين، وأما على الأشهر فاختلف في الإجزاء في السن

والاثنتين كما ذكر المصنف، لكن في كلامه إجمال؛ لأن محل الخلاف إنما هو إذا كان من كبر، ويتبين بكلام اللخمي، قال: فلا تجزئ إذا كانت ذاهبة الأسنان بكسر أو شبهه، وتجزئ إذا كان من إثغار. واختلف إذا كان لكبر. فقال مالك في كتاب محمد: تجزئ. وقال ابن حبيب: لا تجزئ. والأول أبين.

واختلف في السن الواحدة ففي كتاب محمد: لا بأس بها. وفي المبسوط: لا يضحي بها. ويحمل قوله على الاستحباب؛ لأنه من العيوب الخفيفة. انتهى.

وقد صرح في البيان بالاتفاق على الإجزاء في التي سقطت أسنانها لإثغار، وبالاتفاق على عدم الإجزاء في التي كسرت أسنانها.

وَفِي الْهَرَمِ كثيراً قَوْلانِ، قَالَ الْبَاجِيُّ: وَلا نَصَّ فِي الْمَجْنُونَةِ، وَأَرَاهُ كَالْمَرَضِ

الخلاف في الهرم خلاف في حال هل هو من المرض المانع أو لا؟ وقال سحنون: في التي أقعدها الشحم أنها تجزئ. وفي جعل الباجي الجنون كالمرض إشارة إلى تفريق اللخمي بين الدائم فيمنع، وبين غيره فلا يمنع. وحكى ابن بزيزة في المجنونة خلافاً بين المتأخرين.

الْمَأْمُورُ: مُسْتَطِيعٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ غَيْرُ حَاجٍّ بِمِنًى، بِخِلافِ الرَّقِيقِ وَمَنْ فِي الْبَطْنِ، وَالْمُسْتَطِيعُ مَنْ لا تُجْحِفُ بِمَالِهِ ....

يعني: أن المأمور بالأضحية من اجتمعت فيه شروط أربعة. وقوله: (**بِخِلافِ الرَّقِيقِ**) راجع إلى قوله: (**حُرٌّ**)، والمراد بالرقيق: القِن ومن فيه شائبة حرية كأم الولد والمدبر والمكاتب، واستحسن مالك الضحية لهم إذا أذن لهم [٢٣٤/ أ] السيد. ومن في البطن كالعدم. مالك في الموازية: ولا يعجبني أن يضحي عن أبوين الميتين. قوله: (**وَالْمُسْتَطِيعُ مَنْ لا تُجْحِفُ بِمَالِهِ**) تصوره ظاهر.

ابن بشير: وتحرز بالاستطاعة من الفقير، فإنها لا تلزمه، ولا يؤمر بها من تجحف بماله، وإن كان قادراً على شرائها، ولا يتحصل في المذهب حد المال المقتضي للأمر بها، لكن النظر إلى الإجحاف وعدمه. انتهى. وسئل مالك: أيضحي عن الصغير له ثلاثون ديناراً بنصف دينار؟ فقال: نعم.

ابن حبيب: يلزم من ماله في يده من وصي أو غيره أن يضحي عنه منه، ويقبل قوله في ذلك كما يقبل في النفقة سواء. واحترز بـ(**غير الحاج بمنى**) من الحاج بمنى، فإن سنته الهدي فقط، ولا تشرع له الأضحية على المشهور، وظاهر ما في المبسوط لابن القاسم وما لأشهب في غيره أن المشروعية باقية. وقولنا: الحاج بمنى يخرج من لم يحج من أهل منى. قال في البيان: وفي المبسوط لابن كنانة: إنه لا يضحي أحد بمنى. ظاهره: وإن لم يكن من الحاج وهو شذوذ.

وَيُضَحِّي عَنِ الصَّغِيرِ، وَلا يَشْتَرِكُ فِيهَا لَكِنْ لِلْمُضَحِّي أَنْ يُشْرِكَ فِي الأَجْرِ مَنْ فِي نَفَقَتِهِ مِنْ أَقَارِبِهِ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْهُ بِخِلافِ غَيْرِهِمْ

يضحي عن الصغير؛ لاجتماع الأوصاف المتقدمة فيه، وهذا إن كان له مال، وإن لم يكن فقال ابن حبيب: يلزم الإنسان أن يضحي عمن تلزمه نفقته من ولد ووالد. وفي العتبية ذلك غير لازم. ونص في المدونة على أنه لا يلزمه أن يضحي عن الزوجة.

محمد عن مالك: وله أن يدخلها.

ابن حبيب: وإن لم يفعل فذلك عليها بخلاف الفطرة. والفرق بين زكاة الفطر والأضحية أن زكاة الفطر من توابع النفقة، بخلاف الضحية فإنها قربة. والإنسان لا يلزمه أن يتقرب عن الغير. وقال ابن دينار: يلزمه أن يضحي عن زوجته إن لم يدخلها. قوله: (**وَلا يَشْتَرِكُ فِيهَا**) قال في البيان: وروى ابن وهب عن مالك الاشتراك في هدي التطوع، ويلزم ذلك

في الأضاحي على القول بعدم وجوبها. وقوله: (**لَكِنْ... إلخ**) أي أن هذه الشركة جائزة، وهو الاشتراك في الأجر دون الشركة في ثمنها. ولا فرق في ذلك بين أن يكونوا سبعة أو أكثر. وقوله: (**مَنْ فِي نَفَقَتِهِ مِنْ أَقَارِبِهِ**) يريد الساكنين معه أشار إلى ذلك في المدونة.

ابن حبيب: وله أن يدخل في أضحيته من بلغ من ولده، وإن كان غنياً، وأخاه وابن أخيه وأقاربه إذا كانوا في نفقته وبيته.

الباجي: فأباح ذلك بثلاثة أسباب: القرابة، والمساكنة، والإنفاق.

محمد: إن شاء أدخل في أضحيته أم ولده، ومن له فيه بقية رق، ولا يدخل يتيمه في أضحيته ولا يشرك بين يتيمين في أضحية وإن كانا أخوين، والجد والجدة كالأجانب.

الباجي: يريد أن الجد والجدة ليسا في نفقته، ولو كانا على ذلك لجاز عندي على ما تقدم في الأقارب. وعندي أنه لا يصح التشريك لأهل بيته وإن لم يعلمهم بذلك. ولذلك يدخل فيها صغار ولده، وهم لا يصح منهم قصد القرابة. انتهى.

ابن عبد السلام: وفيه نظر لأن شرط حصول الثواب على القربة النية، وأما الصغار فإنها تسقط عنهم لعدم القصد مع أنها عبادة مالية، والوالي هو المخاطب بها كالزكاة. انتهى.

وقال محمد - بعد قوله: أنه لا يدخل الجد والجدة وهما كالأجنبيين-: لا يضحي إلا عن كل واحد بشاة، إلا أن تكون زوجة الجد فيدخلها في شاة، كما لو بعثها إلى الجد فذبحها الجد عنه وعن زوجته. **ابن ميسر**: وذلك بإذن الجد.

وَالأَوْلَى ذَبْحُهُ بِنَفْسِهِ، فَإِنِ اسْتَنَابَ مَنْ تَصِحُّ مِنْهُ الْقُرْبَةُ جَازَ

لأنها قربة. **ابن يونس وابن راشد**: والمرأة في هذا كالرجل. وقد كان أبو موسى الأشعري يأمر بناته أن يذبحن نسكهن. **محمد**: إلا من ضرورة أو ضعف.

ابن حبيب: أو كبر أو رعشة. وظاهر كلام مالك أنه إن استناب لا يطلب بالإعادة؛ لما ورد أنه صلى الله عليه وسلم استناب علياً رضي الله عنه في نحر بقية بدنه في الهدايا.

محمد: قال مالك: إن أمر مسلم غيره من غير عذر، فبئس ما صنع وتجزيه، وقال ابن حبيب: أحب إليَّ أن يعيد إن وجد سعة. وفي مختصر ابن عبد الحكم قولُ أنه لا تجزيه إذا استناب مسلماً غيرُ مميز.

فَلَوْ قَصَدَ الذَّبْحَ عَنْ نَفْسِهِ فَفِي إِجْزَائِهَا قَوْلانِ

أي: فلو قصد المستناب الذبح عن نفسه، فقال مالك: تجزئ ربها، وقال أصبغ: لا تجزئ مالكها، وتجزئ عن الذابح ويضمن قيمتها، كمن تعدى على أضحية رجل فذبحها عن نفسه. وقال الفضل بن سلمة: لا يجزئ عن واحد منهما. ورد في البيان قول الفضل بأن الذابح لم يتعد في ذبحه، فوجب أن تكون النية نية ربها الحاضر، كمن أمر رجلاً أن يوضيه. وفرق بأن الذابح مذكٍّ للشاة بلا شك، بدليل أنه لا يصح أن يكون مجوسيّاً، وكل مذكٍّ لا بد له من النية بحضور ربها، وصف طردي بخلاف مسألة الوضوء.

وَلا تَصِحُّ اسْتِنَابَةُ الْكَافِرِ وَلَوْ كَانَ كِتَابِيّاً عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: إن كان غير كتابي فلا تصح اتفاقاً وفي الكتابي قولان؛ مذهب المدونة: لا تجزئ؛ لأنها قربة فلا تصح منه، والقول بالإجزاء لأشهب اعتباراً بنية المالك، فإن أمر رجل رجلاً يظن أنه مسلم فذبح، ثم تبين أنه نصراني، فعن مالك أنه يعيد، فإن نحر اليهودي أو النصراني من نفسه، فإن تَزَيَّا بزِيِّ المسلمين الذين [٢٣٤/ب] يذبحون ضمن ذلك وعاقبه السلطان.

وَفِي تَارِكِ الصَّلاةِ قَوْلانِ

بناء على فسقه فتصح، أو كفره فلا تصح.

وَالاسْتِنَابَةُ بِالْعَادَةِ فِي غَيْرِ الْقَرِيبِ تَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ كَالْقَرِيبِ

الاستنابة تكون بالتصريح، وقد تقدمت، وبالعادة كمن ذبح أضحية ولده أو والده، وجرت عادته القيام بأموره، ثم كلام المصنف يحتمل معنيين: أحدهما: الخلاف في القريب وغيره، وعليه مشاه ابن راشد، وهكذا حكى اللخمي الخلاف في القريب وغيره. ويحتمل أن يكون القريب لا خلاف فيه. وفي غير القريب قولان، وهذا مقتضى كلام ابن بشير؛ لكونه جعل استنابة القريب بالعادة كالاستنابة باللفظ.

ابن عبد السلام: وهذا ظاهر كلام المصنف. ونقل ابن عبد السلام هذه الطريقة، ولكن لم يعزها لابن بشير، ونقل طريقة ثالثة: أن الخلاف إنما هو في القريب. وكلام الباجي يقتضي أنه لا خلاف في المسألة لا في القريب ولا في غيره، وذلك لأنه وقع في المدونة بالإجزاء في القريب، ونقل عن أشهب عدم الإجزاء، فتأول الإجزاء بما إذا كان القريب مفوضاً إليه، وقول أشهب فيما إذا لم يكن مفوضاً إليه، ووقع لابن القاسم في الموازية في غير القريب قولان، قال: لو أن جاراً لي انصرف من المصلى فذبح أضحيتي إكراماً لي، فرضيت بذلك لم يجز، وقال أيضاً: إذا كان لصداقة بينهما ووثق به أنه ذبحها عنه أجزأته، فتأول ما وقع من الإجزاء على أنه كان فوض إليه. قال: وأما إن ذبحها عنه بمجرد الصداقة، فالظاهر من المذهب أنه لا تجزئه لأنه متعدٍّ، ولو شاء أن يضمنه لضمنه، إلا أن تكون هذه رواية بالإجزاء في التعدي، أنه إذا لم يرد صاحبها تضمينه فله وجه، وعلى هذا فمناط الحكم في القريب وغيره القيام بجميع الأمور، وأن من كان قائماً بجميع الأمور أجزأ ذبحه قريباً كان أو لا، ومن لم يكن قائماً بالجميع لم يجز ذبحه مطلقاً. وهذه الطريقة رابعة، وتصحيح المصنف الصحة في غير القريب ليس بحسن لكونه مخالفاً للمدونة. قال فيها: ومن ذبح أضحيتك بغير أمرك، فإما ولدك أو بعض عيالك ممن فعله ليكفيك مؤنتها، فذلك مجزئ عنك، وأما على غير ذلك فلا يجزئ، ونظير هذه المسألة ما لو زوج ابن أو أخ أخته البكر بغير إذن الأب، فقال في المدونة: يجوز إن كان قد فوض إليه القيام بجميع أموره.

وَيَأْكُلُ الْمُضَحِّي وَيُطْعِمُ نِيئاً وَمَطْبُوخاً وَيَدَّخِرُ وَيَتَصَدَّقُ، وَلَوْ فَعَلَ أَحَدَهَا جَازَ وَإِنْ تَرَكَ الأَفْضَلَ ....

المذهب كما قال أنه لو أكلها كلها أو تصدق بها كلها كان تاركاً للأفضل، وكذلك إن اقتصر على اثنين منها. وقال ابن المواز: التصدق بجميعها أفضل. وحكى عبد الوهاب رواية شاذة بوجوب الأكل.

ابن حبيب: ويستحب أن يكون أول ما يأكل يوم النحر من أضحيته. وقال عثمان وابن المسيب وابن شهاب: يأكل من كبدها قبل أن يتصدق.

يُكْرَهُ لِلْكَافِرِ عَلَى الأَشْهَرِ، وَفِي تَحْدِيدِ الصَّدَقَةِ اسْتِحْبَاباً ثَلاثَةٌ: الثُّلُثُ، وَالنِّصْفُ، وَالْمَشْهُورُ: نَفْيُ التَّحْدِيدِ ....

القولان لمالك في العتبية في النصرانية تكون ظئر الرجل. والأشهر هو اختيار ابن القاسم، ووجهه أنها قربة فلا يعان بها الكافر. وعن مالك التخفيف في الذمي دون غيره كالمجوسي، وأشار ابن حبيب إلى أن من أباح ذلك إنما هو في الذي يكون في عيال الرجل. وأما البعث إليهم فلا يجوز وكذلك فسره مطرف وابن القاسم وابن الماجشون، وقاله أصبغ. وعكس ابن رشد فجعل محل الخلاف في الكراهة والإباحة إنما هو في البعث. وأما من كان في عياله وأقاربه أو ضيفه، فلا خلاف في إباحة طعامهم. فيتحصل من الطريقتين ثلاثة أقوال، والله أعلم.

قوله: (**وَفِي تَحْدِيدِ الصَّدَقَةِ... إلخ**) تصوره واضح.

وَيُرَدُّ الْبَيْعُ، وَإِجَارَةُ الْجِلْدِ كَالْبَيْعِ خِلافاً لِسُحْنُونٍ، وَإِذَا فَاتَ فَثَلاثَةٌ: يَتَصَدَّقُ بِهِ، وَكَلَحْمِهَا، وَكَمَالِهِ ....

قوله: (**يُرَدُّ الْبَيْعُ**) يدل بالالتزام على المنع منه ابتداء وهو مذهب مالك وجمهور الفقهاء؛ لما في البخاري ومسلم وأبي داود والنسائي وابن ماجه عن علي رضي الله عنه

قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بُدْنه، وأن أتصدق بلحمها وجلودها وأجلتها، وألا أعطي الجزار منها شيئاً، وقال نحن نعطيه من عندنا. وكذلك لا يجوز أن يدبغ بعض الجلود ببعض نص عليه ابن المواز. ومنع مالك من أن يدهن أحد شراك النعل التي يصنعها بدهن الأضحية؛ لأنها بالدهن تحسن ويكون لذلك حصة من الثمن. واختلف فيمن تصدق عليه أو وهب له لحم، فمنعه مالك من البيع؛ لأن قصاراه أن يتنزل منزلة الأصل بالقياس على الوارث. وقال أصبغ: يجوز له البيع كالصدقة على الفقير، والزكاة. **ابن غلاّب**: وهو المشهور.

قوله: **(وَإِجَارَةُ الْجِلْدِ كَالْبَيْعِ... إلخ)** قال التونسي: وأجاز سحنون أن يؤاجر جلد أضحيته، وكذلك جلد الميتة، وفيه نظر؛ لأن بيع جلدها لا يجوز، واستئجارها انتهاك لأعيانها، فيؤدي ذلك إلى بيع أعيانها شيئاً فشيئاً. انتهى. وقيد ابن أبي زيد قول سحنون في جلد الميتة بأن مراده بعد الدبغ. وقوله: **(فإن فات)** أي: فات المبيع من لحم أو غيره فثلاثة أقوال:

الأول لابن القاسم وابن حبيب: أنه يتصدق به.

والثاني لسحنون: [٢٣٥/ أ] أنه يصرف الثمن فيما يصرف فيه المثمون، ويجعل ثمن الجلد في ماعون، وثمن اللحم في طعام.

الثالث لابن عبد الحكم: أنه مال من أمواله يصنع به ما شاء.

والتصدق بالثمن على قول ابن القاسم إنما هو إذا تولى المضحي البيع بنفسه أو أمر بذلك غيره، وأما لو تولاه غيره بغير أمره، كما لو باعه أهله وفرقوا ثمنه، فنص ابن القاسم في العتبية على أن ذلك لا يلزمه. قال في البيان: ومعناه إذا صرفوا الثمن فيما له غنى عنه، وأما إن صرفوه فيما لا غناء له عنه، فعليه أن يتصدق به.

ابن عبد السلام: وما قاله صحيح، ومعناه يتصدق بالأقل من الثمن، أو مما صرفوه، كما قالوا ذلك في المحجور يبيع شيئاً، ويصرفه في مصالحه، ثم ينقض البيع. وينبغي إذا سقط عن المضحي التصدق بالثمن ألا يسقط عن الأهل الذين تولوا البيع.

الْوَقْتُ: وَأَيَّامُ النَّحْرِ ثَلاثَةٌ، وَمَبْدَؤُهَا يَوْمُ النَّحْرِ بَعْدَ صَلاةِ الإِمَامِ وَذَبْحِهِ فِي الْمُصَلَّى، وَمَنْ ذَبَحَ قَبْلَهُ أَعَادَ ....

لا خلاف عندنا أن أيام النحر ثلاثة؛ يوم النحر ويومان بعده، وهو مذهب علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمر، ذكره في الموطأ. ومذهبنا مراعاة ذبح الإمام؛ لما في مسلم من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم يوم النحر بالمدينة، فسبقه رجال فنحروا، وظنوا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نحر، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم من كان نحر قبله أن يعيد.

وقوله: **(وَذَبْحِهِ فِي الْمُصَلَّى)** أي: السنة أن يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى؛ ليعلم الناس ذبحه، وأما إن لم يذبح الإمام فالمعتبر صلاته.

فَإِنْ لَمْ يُبْرِزْهَا فَفِي الذَّبْحِ قَبْلَهُ قَوْلانِ، وَلَوْ تَوَانَى

الباجي: إن أظهر إمام المصلى ذبح أضحيته بإثر الصلاة فمن ذبح قبله فالمشهور عن مالك أنه لا يجزيه، وإن لم يظهر فحكى المصنف في إجزاء الذبح قبله قولين تبعاً لابن بشير، فقال: إن لم يبرزها وتوانى فالمشهور عدم الإجزاء؛ لما ثبت من وجوب الاقتداء به. والثاني: الإجزاء لأنه إنما يقتدي به، إذا اقتدى بفعله صلى الله عليه وسلم في إبراز الضحية. انتهى. وعدم الإجزاء مذهب الموازية، ففيها: وإن ذبح أحد قبله في وقت لو ذبح الإمام بالمصلى لكان هذا قد ذبح قبله لم يجزه. وقيده ابن يونس بأن لا يتوانى، وأما إن توانى بعد وصوله إلى داره فمن ذبح في وقت لو لم يتوانَ الإمام وذبح في داره لكان هذا ذابحاً بعده أجزأه. ونحوه لصاحب البيان قال: إلا أن يتوانى بعذر من اشتغال بقتال عدو أو غيره، فينتظرونه ما لم يخرج وقت الصلاة بزوال الشمس. وقال ابن راشد: وقوله: **(وَلَوْ تَوَانَى)** يقتضي أن الخلاف في الإجزاء وعدمه إذا ذبح قبل الإمام سواء توانى الإمام في

الذبح أم لا. ولم أقف على ذلك، فإن القائل بعدم الإجزاء قال: إن توانى الإمام في الذبح، فإن الذابح قبله يجزئه.

ابن رشد: وقال أبو مصعب: إن لم يخرج الإمام أضحيته إلى المصلى، فليس على الناس أن ينتظروه حتى يرجع إلى منزله. ومن ذبح بعد القدر الذي كان يذبح فيه في المصلى فضحيته جائزة.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَبَحَ فَذَبْحُ أَقْرَبِ الأَئِمَّةِ إِلَيْهِ عَلَى التَّحَرِّي، فَإِنْ تَحَرَّى فَأَخْطَأَ أَجْزَأَ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

أي: فإن لم يكن لهم إمام فإنهم يتحرون أقرب الأئمة إليهم، والفرق على المشهور بين هذا الفرع والذي قبله أن الإمام إذا لم يكن عندهم يعسر الاطلاع على ذبحه. والشاذ رواه أشهب عن مالك.

وَالإِمَامُ الْيَوْمَ الْعَبَّاسِيُّ أَوْ مَنْ يُقِيمُهُ

نحوه للخمي، وأشار إلى أن المتغلبين يكونون كمن لا إمام لهم. وقال التونسي: الإمام المعتبر ذبحه الذي يقيم الحدود والجمعة والأعياد. وقال ابن رشد: المراعى في ذلك الإمام الذي يصلي صلاة العيد بالناس، إذا كان مستخلفاً على ذلك.

وَلا يُرَاعَى قَدْرُ الصَّلاةِ فِي الْيَوْمَيْنِ بَعْدَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور رواه ابن حبيب عن مالك وقاله الباجي؛ وهو قول ابن المواز قال: وتذبح إذا ارتفعت الشمس وحلت النافلة، ولو فعل ذلك بعد الفجر أجزأه. وقال أصبغ: إذا طلع الفجر جاز الذبح في هذين اليومين. فإذا تقرر هذا علمت أن من لا يراعي وقت الصلاة لا يراعي طلوع الشمس إلا استحباباً، ولا يؤخذ هذا من كلام المصنف. وتشهير المصنف هو الصحيح وإن كان ابن بشير جعل الشاذ هو المشهور.

وَيُرَاعَى النَّهَارُ عَلَى الْمَشْهُورِ

قد تقدم هذا.

وَالأَوَّلُ أَفْضَلُ، وَفِي أَفْضَلِيَّةِ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ عَلَى أَوَّلِ مَا بَعْدَهُ قَوْلانِ

أما أفضلية النصف الأول من الأولى فمجمع عليه لفعله صلى الله عليه وسلم، واختلف هل النصف الثاني منه أفضل من أول اليوم الثاني وإليه ذهب ابن المواز، أو أول الثاني أفضل؟ وهو قول مالك في الواضحة، بل صرح بكراهة ما بعد الزوال، قال: وكذلك الثاني يذبح فيه من ضحى إلى زوال الشمس، فإن فاته أمر بالصبر إلى ضحى اليوم الثالث.

ابن يونس: وحكى لنا بعض فقهائنا القرويين قال: سمعت أبا الحسن ينكر قول ابن حبيب هذا، وقال: بل اليوم الأول كله أفضل من اليوم الثاني والثاني أفضل من الثالث. ورواية ابن المواز واختياره أحسن من هذا، والذي [٢٣٥/ ب] عند ابن المواز هو المعروف. ولو قال المصنف: وفي أفضلية ما بعد الزوال على أول ما بعده أو العكس لكان أحسن؛ لأن كلامه ليس بنص في أن القول الآخر يقتضي أفضلية أول الثاني لاحتمال فهم التساوي. ورأى القابسي واللخمي أن هذا الخلاف جارٍ أيضاً فيما بين آخر الثاني وأول الثالث. وقال ابن رشد: لا يختلف في رجحان أول اليوم الثالث على آخر الثاني.

فائدة:

نقل الباجي أن الأبهري وابن القصار رويا أنه يستحب لمن أراد أن يضحي إذا رأى هلال ذي الحجة ألا يقص شعراً، ولا يقلم ظفراً حتى يضحي، قالا: ولا يحرم ذلك عليه. قال: وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس في ذلك استحباب. وقال أحمد وإسحاق: يحرم عليه الحلق. ودليلنا على الاستحباب حديث أم سلمة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**من رأى هلال ذي الحجة فأراد أن يضحي فلا يأخذ من شعره، ولا من**

أظفاره حتى يضحي». رواه مسلم والترمذي وأبو داود. الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح. وهذا نهي، والنهي إذا لم يقتض التحريم حمل على الكراهة. ودليلنا على نفي الوجوب حديث عائشة المتقدم في كتاب الحج: فَتَلْتُ قلائدَ هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي، ثم بعثت مع أبي فلم يحرم علي رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أحله الله له. ولا خلاف أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى في ذلك العام.

الْعَقِيقَةُ: ذِبْحُ الْوِلادَةِ، وَأَصْلُهُ شَعَرُ الْمَوْلُودِ

ينبغي أن تضبط الذال من **(ذِبْحُ)** بالكسر؛ ليكون المراد ما يذبح، ويحتمل الفتح على إرادة المصدر؛ لأن ذلك يستلزم مذبوحاً.

الجوهري: والعقيقة: صوف الجذع، وشعر كل مولود من الناس والبهائم عقيقة. ويقال: عقيق أيضاً، وعقة بالكسر، ومنه سميت الشاة التي تذبح عن المولود يوم سابعه عقيقة. انتهى.

ثم نقل من الشعر إلى ما يذبح من باب إطلاق السبب على المسبب، أو من باب إطلاق أحد المتلازمين على الآخر، وصار حقيقة شرعية في المذبوح للولادة. وأنكر أحمد ابن حنبل رضي الله عنه أن تكون العقيقة مأخوذة مما تقدم، وقال: إنما العقيقة: الذبح نفسه، وهو قطع الأوداج والحلقوم. ومنه قيل لقاطع رحمه عاق.

وَهُوَ مُسْتَحَبٌّ لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِمَّا يُجْزِئُ فِي الأُضْحِيَةِ

الضمير في **(هُوَ)** عائد على الذبح؛ أي: ولا يبلغ السنية. وحكى صاحب البيان عن ابن حبيب أنها سُنة، وحكاه بعض الأندلسيين عن مالك. ووقع لمالك في العتبية فيمن لم يكن عنده يوم الأضحى إلا شاة أنه يعق بها ولا يضحي، فظاهره أن العقيقة آكد، إلا أنهم تأولوه، ففي البيان معناه إذا رجا أن يجد أضحية في بقية أيام الأضحى، وإلا فليضح بها؛ لأن الضحية أوجب عند مالك وجميع أصحابه؛ لأنه قيل: إنها سنة واجبة، وقيل:

مستحبة. ولو كان ذلك في آخر أيام الأضحى لكانت الضحية أولى، قاله العتبي وابن حبيب، وهو قياس ما قلناه.

وقوله: (**لِلذَّكَرِ وَالأُنْثَى**) أي: يكفي لكل واحد منهما شاة، ونبه على خلاف الشافعي فإنه جعل للذكر شاتين. ودليلنا ما رواه أبو داود عن أبي معمر عبد الله بن عمر عن عبد الوارث عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن كبشاً وعن الحسين كبشاً»، قال بعض المحدثين: وهو صحيح. وقال بعضهم: سنده صحيح. وروى الترمذي عن عائشة وصححه «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمرهم عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة»، وخرجه النسائي من حديث أم كرز، وبه قال الشافعي، قيل: وهو أولى لأن سماع أم كرز منه صلى الله عليه وسلم كان عام الحديبية وهو متأخر عن حديث ابن عباس.

وقوله: (**مِمَّا يُجْزِئُ فِي الأُضْحِيَةِ**) ظاهر.

وَفِي الإِبِلِ وَالْبَقَرِ قَوْلانِ

قال صاحب البيان وصاحب الجواهر: المشهور أنها كالضحية في أجناسها. وقال ابن شعبان: لا يعق بشيء من الإبل والبقر. وروى مثله في العتبية؛ لأن المذكور في أحاديث هذا الباب إنما هو الغنم.

وَوَقْتُهُ السَّابِعُ، وَلا يُعَدُّ مَا وُلِدَ فِيهِ بَعْدَ الْفَجْرِ عَلَى الْمَشْهُورِ

لا خلاف عندنا أن وقته السابع. قال مالك في العتبية: وحد ذبح العقائق ضحوة وهي سنة الذبح في الضحايا وأيام منى، وهي ساعة الذبائح.

(**وَلا يُعَدُّ مَا وُلِدَ فِيهِ بَعْدَ الْفَجْرِ عَلَى الْمَشْهُورِ**) يعني: إن ولد قبل الفجر اعتد بذلك اليوم، وإن ولد بعده فالمشهور ألا يحتسب به. وقيل: إن ولد قبل الزوال حسب

ذلك اليوم، وإن ولد بعده لم يحسب، وهذا القول رجع عنه مالك، وقال أصبغ: يلغى ذلك اليوم وإن حسب سبعة أيام من تلك الساعة إلى مثلها أجزأ. قال في البيان: وهو قول حسن. وظاهر كلامه أن مقابل المشهور الاعتداد به وإن ولد قبل الغروب. وهذا القول هكذا إنما نقله اللخمي وصاحب البيان عن عبد العزيز بن أبي سلمة. ويحتمل أن يريد بمقابل المشهور قول أصبغ. وظاهر كلام المصنف تعرية الوجه الأول - أعني: إذا ولد قبل الفجر - عن الخلاف. وحكي في البيان عن ابن الماجشون أنه لا يحتسب إلا من غروب الشمس الآتي بعد الولادة، سواء كانت الولادة ليلاً أو نهاراً.

وَفِي [٢٣٦/أ] الذَّبْحِ لَيْلاً وَبَعْدَ الْفَجْرِ مَا فِي الأُضْحِيَّةِ

أي: فلا يجزئ ليلاً على المشهور. وقوله: (وَبَعْدَ الْفَجْرِ) نص مالك في المبسوط على عدم الإجزاء إذا ذبحها قبل طلوع الشمس وأخذه ابن رشد من العتبية. وقال ابن الماجشون: يجزيه إن كان بعد طلوع الفجر. قال في البيان: وهو أظهر؛ لأن العقيقة ليست منضمة إلى صلاة فكان قياسها على الهدايا أولى من قياسها على الضحايا. وهذا الخلاف يأتي على المشهور في المسألة السابقة وعلى الشاذ. وقولُ ابن عبد السلام: إنما يتمشى على غير المشهور، وأما على المشهور من إلغاء جزء من النهار فلا، ليس بظاهر. ويجزئ ذبحها أيضاً ليلاً على الشاذ، أنها لا تفوت بغروب الشمس من السابع وأنها تذبح فيما قرب، قاله مالك في العتبية.

فَإِنْ فَاتَ فَفِي السَّابِعِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ قَوْلانِ

أي: فات السابع الأول فالمشهور الفوات. وروى ابن وهب عن مالك أنها تذبح في السابع الثاني، فإن لم تذبح فيه ففي الثالث، وجعلها ثلاثة أسابيع كما أن أيام الذبح في الضحية ثلاثة. وفي مختصر الوقار أنها تذبح في السابع الثاني فقط، وفي العتبية أنه إذا فات

السابع الأول فلا يعق عنه إلا أن يكون قريباً. قال في البيان: هو خلاف المشهور. فيتحصل في المسألة أربعة أقوال.

وَفِي كَرَاهَةِ عَمَلِهَا وَلِيمَةً قَوْلانِ

الكراهة لمالك وابن القاسم في العتبية، وعلله مالك بمخالفة العمل. والقول بالجواز حكاه ابن راشد عن ابن حبيب، وعلله ابن بشير بأنه طعام سرور فأشبه الولائم. وقال ابن عبد السلام: الذي أجازه هو ابن حبيب في ظاهر كلامه، وإطعامها للفقراء أفضل، ويجوز إطعامها للأغنياء، ولو أكلوها ولم يطعموا أحداً لأجزأتهم وقد فاتهم الأفضل.

ابن حبيب: ويحسن أن يوسع بغير شاة العقيقة؛ لإكثار الطعام ودعاء الناس. وتأول بعضهم أن مراد ابن حبيب دعاء الناس إنما هو على المزيد على العقيقة لا على العقيقة نفسها. وكذلك حكاه بعضهم عن ابن حبيب نصّاً. وعلى هذا فلا يكون في المسألة خلاف.

ابن راشد: والسُّنة أن يطعم الناس منها في مواضعهم كالأضحية.

وَفِي كَرَاهَةِ التَّصَدُّقِ بِزِنَةِ شَعْرِهِ ذَهَباً أَوْ فِضَّةً قَوْلانِ

الكراهة حكاها ابن مزين.

ابن عبد السلام: والقول بالإباحة ذكره ابن الجلاب. انتهى. ولفظه: وليس على الناس التصدق بوزن شعر المولود ذهباً أو فضة فإن فعل فلا بأس به. ونص صاحب الرسالة وغيره على الاستحباب.

وَلا بَأْسَ بِكَسْرِ عِظَامِهَا كَالضَّحِيَّةِ

عبد الوهاب: ويجوز كسر عظامها لا أنه مستحب ولا مسنون، ولكن تكذيباً للجاهلية في تحرجهم من ذلك، وتفصيلهم إياها من المفاصل. وفي الحفيد: إن الكسر مستحب لمخالفة الجاهلية.

وَلا يُلَطَّخُ الْمَوْلُودُ بِدَمِهَا

قال في الرسالة: وإن خلق رأسه بِخَلوق بدلاً من الدم الذي كانت تفعله الجاهلية، فلا بأس بذلك.

فرع:

قال مالك في العتبية: من مات ولده قبل السابع فلا عقيقة عليه. ابن يونس: ولا تسمية عليه فيه. **ابن وهب**: فذكرت له الحديث في **السقط يقول لأبيه يوم القيامة: "تركتني من غير اسم"** فلم يعرفه.

وقال ابن حبيب: أحب إلي إن مات قبل السابع أن يُسمَّى. وكذلك السقط يُسمَّى لما روي من رجاء شفاعته. قيل لمالك في العتبية: أيكره أن يسمى أحد قبل السابع؟ فقال: ما رأيت أحداً يسمِّي قبل السابع، إنما يعق عنه ويسمِّي يوم السابع.

ابن يونس: وكره مالك الختان يوم يولد الصبي أو في سابعه، وقال: هو من فعل اليهود، ولم يكن من عمل الناس إلا حديثاً. وكان لا يرى بأساً أن يفعل لعله يخاف على الصبي. مالك: وحد الختان من وقت يؤمر بالصلاة من سبع سنين إلى عشر.

* * *

الأَيْمَانُ وَالنُّذُورُ: وَالْيَمِينُ الْمُوجِبَةُ لِلْكَفَّارَةِ الْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ غَيْرُ لَغْوٍ وَلا غَمُوسٍ، مِثْلُ: وَاللَّهِ وَالرَّزَّاقِ، وَعِلْمِهِ، وَقُدْرَتِهِ، وَإِرَادَتِهِ، وَسَمْعِهِ، وَبَصَرِهِ، وَكَلامِهِ، وَوَحْدَانِيَّتِهِ، وَقِدَمِهِ، وَوُجُودِهِ، وَعِزَّتِهِ، وَجَلالَتِهِ، وَعَظَمَتِهِ، وَعَهْدِهِ، وَمِيثَاقِهِ، وَذِمَّتِهِ، وَكَفَالَتِهِ، بِخِلافِ مَا تَحَقَّقَ لِلْفِعْلِ كَالْخَلْقِ، وَالرِّزْقِ، وَكُرِهَ الْيَمِينُ بِـ(لَعَمْرُ اللَّهِ)، وَأَمَانَةِ اللَّهِ؛ إِذْ لَمْ يَرِدْ إِطْلاقُهُمَا، وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ إِنْ قَصَدَ الصِّفَةَ ....

وسمي الحلف يميناً؛ لأنهم كانوا إذا حلفوا وضع أحدهم يمينه في يمين صاحبه وقيل: اليمين: القوة. وسمي العضو يميناً لوفور قوته على اليسار. ومنه قوله تعالى: ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ [الحاقة: ٤٥] أي: بالقوة، قال في الذخيرة: فعلى هذا يكون التزام الطلاق والعتاق وغيرهما في تقدير المخالفة يميناً بخلاف التفسير الأول. والحلف بكسر اللام وسكونها.

والنذور: جمع نذر، وقد يجمع على نذر، وهو في اللغة عبارة عن الالتزام، وقيل: هو التزام بشرط. **ابن بشير**: والأول أشهر.

وهل الحلف من حيث هو مباح، وإليه ذهب الأكثر، أو أرجح الترك؟ قولان للشيوخ. ابن عبد السلام: والصحيح نقلاً ونظراً الإباحة. وقلنا: من حيث هو؛ لأنه قد يعرض له الوجوب والندب والتحريم.

ولا خلاف في جواز الحلف بأسماء الله تعالى سواء دلت على الذات فقط أو مع صفة، كقوله: والله والرحمن والعزيز والقدير، وأما صفاته فالمعروف [٢٣٦/ ب] من المذهب جواز الحلف بها، وخرج اللخمي من قوله في الموازية فيمن حلف فقال: لعمر الله، فقال: لا يعجبني أن يحلف به أحد. ومن كراهة مالك أيضاً الحلف بأمانة الله، ومن رواية علي في مسألة الحلف بالقرآن وألفاظ وقعت لهم في هذا الباب تقتضي الخلاف في الأيمان بالصفات.

واعلم أن الكفارة إنما تجب في عزة الله وأمانة الله إن قصد بذلك صفته تعالى، وأما إن أراد ما جعله الله تعالى في عباده من العزة والأمانة كقوله تعالى: ﴿ سُبْحَٰنَ رَبِّكَ رَبِّ ٱلْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ ﴾ [الصافات: ١٨٠] فإنه لا كفارة عليه، نص عليه أشهب، ولا يجوز حينئذٍ الحلف بهما وقاله ابن سحنون في العزة فقط. وقاله محمد في العهد.

قال في الذخيرة: أمانة الله: تكليفه؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ.. ﴾ [الأحزاب: ٧٢] وتكليفه: كلامه القديم، وعمر الله تعالى: بقاؤه، وهو استمرار وجوده، وعهد الله: إلزامه؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِىٓ ﴾ [البقرة: ٤٠] أي: بتكاليفي، فذمته: التزامه فيرجع إلى خبره، وخبره: كلامه، وكذلك كفالته وميثاقه راجعان إلى الكلام.

عياض: لعَمْرُ بالفتح والضم: الحياة والبقاء، إلا أنه إذا استعمل في القسم لم يكن فيه غير الفتح ولم يحك المصنف في عهد الله خلافاً. **ابن حارث**: واتفقوا على وجوب الكفارة إذا قال: عليَّ عهد الله، واختلفوا إذا قال: وعهد الله. قال في المدونة: تجب. وقال الدمياطي: لا تجب.

اللخمي: والعهد على أربعة أوجه تجب الكفارة في وجه، وتسقط في اثنين، واختلف في الرابع فإن قال: علي عهد الله، فعليه الكفارة، وإن قال: لك عهد الله، أو أعطيك عهداً، فلا كفارة عليه. واختلف إذا قال: أعاهد الله، فقال ابن حبيب: عليه كفارة يمين. وقال ابن شعبان: لا كفارة عليه؛ لأنه لم يحلف بالعهد إذ قولُه: أعاهد الله، عهدٌ منه وليس بصفة الله.

ابن حبيب: وإذا قال: أبايع الله، فعليه كفارة يمين. اللخمي: وعلى قول ابن شعبان لا شيء عليه. ابن حبيب: "ايْمُ اللهِ" يمين. وفي الموازنة لمالك: إذا قال: "لعَمْرُ اللهِ" أو "ايْمُ اللهِ"، أخاف أن يكون يميناً. اللخمي: فتردد هل هي يمين أم لا؟

ابن عبد الحكم: وإن قال "لاها الله" فهي يمين كقوله "تالله"، وإن قال: "الله علي راعٍ" أو "كفيل"، فليس في ذلك كفارة. قال في الموازية: قال بعض أصحابنا في

"معاذ الله": ليست يميناً إلا أن يريد بها اليمين. وقيل في "معاذ الله" و"حاشا لله": إنهما ليستا بيمين بحال. انتهي. وفي اللخمي قول: إنهما يمين، التونسي: والأشبه في "معاذ الله" و"حاشا لله" أنهما ليستا بيمين. وقال ابن حبيب: وقول الرجل للرجل علي عهد الله أو لك علي عهد الله إن فعلت كذا فلا كفارة عليه في هذا ولا رخصة في تركه. انتهى. وهو يخالف الاتفاق الذي حكاه ابن حارث.

وقوله: **(وَكُرِهَ الْيَمِينُ بِـ(لعَمْرُ اللَّهِ))** أي: كره مالك في الموازية الحلف بعمر الله، وظاهر المدونة جواز الحلف به ففيها: الحلف بجميع أسماء الله تعالى وصفاته لازم كقوله: والعزيز والسميع والعليم، ثم قال: أو قال: وعزة الله، وكبريائه، وقدرته، وأمانته، أو قال: لعمر الله، فهي كلها أيمان تكفر ولعل المراد بالكراهية - على ما في الموازية - المنع؛ لأن الصحيح أن أسماء الله تعالى توقيفية، بل أشار ابن عبد السلام إلى أن هذا ليس هو محل للخلاف؛ لأن لعمر حقيقة في حق الحادث، وكذلك الأمانة فهما مجملان، وإنما محل الخلاف ما كان صريحاً وظاهراً في معناه، وكان معناه صحيحاً، وهذا البحث إنما هو على ما علل به المصنف. ابن بشير: ويحتمل أن تكون الكراهة للتردد الذي قدمناه عن أشهب في الامانة؛ أي: من إرادة صفة الله تعالى، أو الأمانة التي جعلها الله تعالى في عباده.

تنبيه:

لا فرق بين أن يقول: والله، أو وحق الله، فإن ذلك كله يمين، نص عليه في العتبية، ومذهب أبي حنيفة أنه لا يلزمه حكم اليمين إذا قال: وحق الله.

وَالْمَشْهُورُ: الْكَفَّارَةُ فِي الْقُرْآنِ، وَالْمُصْحَفِ، وَأُنْكِرَتْ رِوَايَةُ ابْنِ زِيَادٍ، وَقِيلَ: الْحَقُّ إِنْ أُرِيدَ الْحَادِثُ لَمْ تَجِبْ....

مقابل المشهور رواية ابن زياد، ونقلها في النوادر في المصحف، واللخمي في القرآن والمصحف، والمنكر لها ابن أبي زيد؛ لأنها توهم القول بخلق القرآن. قال: وإن صحت

حملت على أنه أراد جرم المصحف، قال غيره: ومراده فعل العباد في القرآن؛ كما قال: يقطع الليل تسبيحاً وقرآنا.

وقوله: **(وَقِيلَ: الْحَقُّ)** هو كلام ذكره بعضهم جمعاً بين القولين، وهو صحيح في نفسه، ولكنه خارج عن محل الخلاف، فإنه إن قصد القديم لزمته الكفارة باتفاق، وإن قصد الحادث لم تلزمه باتفاق. ابن بشير وغيره: وإنما محل الخلاف حيث لا نية، أو كانت ونسيها، ولا فرق على المشهور بين أن يحلف بالمصحف أو بالقرآن أو بالكتاب، أو بما أنزل الله، رواه ابن المواز.

ولا فرق بين أن يحلف بالقرآن، أو بسورة منه أو آية، رواه ابن حبيب، وفي العتبية عن ابن حبيب لزوم الكفارة في الحالف بالتوراة والإنجيل، وهو جارٍ على المشهور.

وَالنَّذْرُ لا مَخْرَجَ لَهُ مِثْلُ: عَلَيَّ نَذْرٌ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ

لما في مسلم: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**كفارة النذر كفارة يمين**»، ولا يمكن حمله على نذر معين؛ لأنه لو نذر طاعة معينة لزمه الإتيان بها، لما في الصحيح: «**من نذر أن يطيع الله [٢٣٧/ أ] فليطعه**» فتعين حمله على ما لا مخرج له.

وَالْيَمِينُ بِغَيْرِ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ، وقِيلَ: حَرَامٌ

أي: اليمين بغير الله وصفاته كالحالف بالكعبة والنبي صلى الله عليه وسلم، والأظهر من القولين التحريم؛ لما في الموطأ والصحيحين عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم**». ولمالك ومسلم: «**ومن كان حالفاً، فليحلف بالله أو ليصمت**».

وأيضاً يدخل في كلام المصنف اليمين بالطلاق والعتاق، وقد نصوا على تأديب الحالف بهما ولا يكون الأدب في المكروه إلا أن يقال: إطلاق الأيمان عليهما مجاز ألا ترى أن حروف القسم لا تدخل عليهما.

فرع:

ابن حبيب: كره مالك أن يقول الرجل: رَغِمَ أنفي لله، أو يقول الصائم: والذي خاتمه على فمي.

وَأَمَّا الْيَمِينُ بِنَحْوِ اللاتِ وَالْعُزَّى وَالأَنْصَابِ وَالأَزْلامِ فَإِنْ قَصَدَ تَعْظِيمَهَا فَكُفْرٌ، وَإِلا فَحَرَامٌ ....

تصوره ظاهر. وفي مساواة الأنصاب والأزلام واللات والعزى في تكفير الحالف إذا قصد التعظيم نظر. ومقتضى كلام المصنف أنه إذا لم يقصد باللات والعزى التعظيم أنه ليس بكفر. وكذلك نص ابن بشير وأشار ابن دقيق العيد في شرح العمدة إلى نفي ما ذكره المصنف من عدم قصد التعظيم، قال: لأن الحلف بالشيء تعظيم له.

وَلا كَفَّارَةَ فِي لَغْوِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ، وَهِيَ الْيَمِينُ عَلَى مَا يَعْتَقِدُهُ فَيَتَبَيَّنُ خِلافُهُ مَاضِياً أَوْ مُسْتَقْبَلاً، وَقِيلَ: مَا يَسْبِقُ إِلَيْهِ اللِّسَانُ بِغَيْرِ قَصْدٍ، وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الْقَوْلانِ ....

الأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ ﴾ [المائدة: ٨٩]، والمشهور أن اللاغية هي أن يحلف على الشيء يستيقن أنه كذلك، ثم يوجد على غير ذلك، هكذا قال مالك في الموطأ وقال القاضي إسماعيل والأبهري: هي ما يسبق إليه اللسان من: والله، ولا والله. رواه مالك في الموطأ عن عائشة. وجوز الباجي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن اللغو لا يكون إلا في اليمين.

والثاني: أن اللغو قول الرجل: لا والله، وبلى والله، فيما يعتقده ثم يتبين خلافه.

والثالث: أن يريد ما يجري على اللسان من غير قصد فقول المصنف: **(وَعَنْ عَائِشَةَ... الْقَوْلانِ)** يقتضي أن ذلك مروي عن عائشة مفسر وصرح ابن بشير بذلك.

خليل: ورأيت ابن بطال حكى في باب الأيمان عن عائشة رضي الله عنها مثل ما حكاه المصنف، ولفظه: وروي عن ابن عباس أن لغو اليمين: أن يحلف الرجل على الشيء يعتقد أنه كما حلف عليه، ثم يوجد على غير ذلك، وروي هذا القول عن عائشة رضي الله عنها ذكره ابن وهب عن عمر بن قيس عن عطاء عن عائشة رضي الله عنها.

ابن عبد السلام: ولم يوجد لها كقول مالك بعد البحث عنه. ابن راشد: وإن كان ذلك مروياً عنها فيحمل لفظه على ظاهره، وإلا حمل أن فيه إضماراً؛ أي: وعن الأشياخ في تفسير قول عائشة رضي الله عنها القولان.

وقوله: (**مَاضِياً أَوْ مُسْتَقْبَلاً**) مثال الماضي: والله ما جاء زيد، وهو يعتقد ذلك. ومثال المستقبل: والله ما يأتي زيد غداً، وهو يعتقده. وعبر المصنف بالاعتقاد ومالك في الموطأ وابن القاسم باليقين، والظاهر أن المراد بهما واحد. وقال بعض البغداديين: اللغو: أن يحلف على الشيء يظنه. ابن يونس: يريد بالظن هنا اليقين، وهو يرجع إلى قول مالك.

وَلاَ فِي الْغَمُوسِ؛ وَهِيَ الْيَمِينُ عَلَى مَا يَعْلَمُ خِلافَهُ

أي: ولا كفارة في الغموس، وسواء تعلقت بالماضي أو بالمستقبل، فالماضي واضح، والمستقبل كما لو كانت يمينه على ما لا يصح وجوده، أو قد علم أنه لا يوجد كقوله: والله لأقتلن فلاناً غداً، وفلان قد علم أنه ميت، أو لأطلقن النساء اليوم، أو لا تطلع الشمس. ولم يجزم التونسي بحصولها في المستقبل بل قال: الأشبه أنها غموس. ومثل بما ذكرناه ابن عبد السلام: وأكثر كلام الشيوخ يقتضي انحصار اللاغية في الماضي والحال وأنها لا تتناول المستقبل، وذكر أيضاً عن بعض الشيوخ حصر اليمين الغموس في الماضي. وقيل لها: غموس؛ لأنها تغمس صاحبها في النار، وقيل: في الإثم، وهو الأظهر لأنه سبب حاصل.

مالك: وهي أعظم من أن تُكفَّر. ابن حبيب: وهي من الكبائر.

وَفِيهَا: وَمَنْ حَلَفَ عَلَى مَا شَكَّ فِيهِ فَتَبَيَّنَ خِلافُهُ فَغَمُوسٌ، وَإِلا فَقَدْ سَلِمَ

نص التهذيب: ومن قال: والله ما لقيت فلاناً أمس، وهو لا يدري ألقيه أم لا؟ ثم علم بعد يمينه أنه كما حلف بر، فقد خاطر وسلم، وإن كان على خلاف ذلك أثم، وكان كمتعمد الكذب وهو مخالف لقوله: (**وَإِلا فَقَدْ سَلِمَ**)؛ لأن قوله: (**وَإِلا**) يدخل فيه صورتان:

الأولى: أن يعلم صدق ما حلف عليه.

والثانية: أن يبقى على شكه، وهذه الثانية غموس على كلامه في المدونة.

التونسي: وقال في الذي حلف لقد لقيني فلان أمس، وهو شاك حين يمينه، ثم تحقق أنه لقيه قد بر، وإن لم يتحقق ذلك أنه لم يلقه، فقد أثم. وفي هذا نظر؛ لأن يمينه على الشك وهي معصية، فإذا كشف الغيب أن الأمر كما حلف عليه لم يسلم من إثم الجرأة على اليمين في أمر لا يتحققه. اللخمي: وأرجو أن يكون إثم الشاك أخف من إثم متعمد الكذب. ابن عبد السلام: وحمل غير واحد لفظ المدونة على أنه وافق البر في الظاهر؛ لأن إثم جرأته بالإقدام على الحلف شاكاً سقط [٢٣٧/ ب] عنه. لأن ذلك لا يزيله إلا التوبة وهو ظاهر في الفقه إلا أنه بعيد من لفظ المدونة.

قُلْتُ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ الظَّنَّ كَذَلِكَ

أي: يلحق بمسألة المدونة، ويفعل فيه كما فعل في مسألة المدونة إذا حلف مع ظن صدق ما حلف عليه، والجامع أنه في كلا المسألتين أقدم على الحلف غير جازم. ونسبة المصنف هذا الكلام لنفسه تقتضي أنه لم يره لغيره. وقد نقله في النوادر عن ابن المواز قال: وكذلك الحالف على شك أو ظن فإن صادف ذلك كما حلف عليه فلا شيء عليه، وقد خاطر، فعطفه الظن على الشك دليل على أنه أراد حقيقته العرفية، وهو مقتضى كلام ابن يونس فإنه قال: وأما قولهم في الغموس وهو أن يحلف على أمر يظنه يريد: وهو لا يوقنه،

وقاله محمد، وما قاله المصنف هنا إنما يأتي على القول الثاني الذي ذكره في كتاب الشهادة؛ لقوله: وما يحلف فيه بتّاً يكتفى فيه بظن قوي كخطه، أو خط أبيه، أو قرينة من خصمه وشبهه. وقيل: المعتبر اليقين. وانظره مع قول سليمان صلى الله عليه وسلم في الصحيحين: «والله لأطوِّفنَّ الليلة على سبعين امرأة تلد كل امرأة منهن غلاماً يقاتل في سبيل الله، فقيل له: قل إن شاء الله، فلم يقل فطاف بهن، فلم تلد منهن إلا امرأة واحدة نصف إنسان». فإنه حلف صلى الله عليه وسلم على ما يظنه، ولا يجوز أن يكون معتمده في يمينه الوحي، وإلا ما تخلف ما حلف عليه، وهذا كله إذا أطلق اليمين، وأما إن قيدها - فقال: في ظني أو ما أشبه ذلك - فلا شيء عليه.

وَلا لَغْوَ فِي طَلاقٍ وَلا غَيْرِهِ، وَقَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي حَالِفٍ عَلَى نَاقَةٍ أَنَّهَا فُلانَةُ فَظَهَرَ خِلافُهَا ....

لأن الله تعالى لما قال: ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ [البقرة: ٢٢٥] وكانت الحقيقة الشرعية في اليمين إنما هي الحلف بالله تعالى؛ ولذلك تدخل عليه حروف القسم - كانت الآية الكريمة خاصة باليمين بالله تعالى.

وأما الطلاق والعتاق والصدقة فليست يميناً شرعيّاً، وإنما هي التزامات، ولذلك لا تدخل على ذلك حروف القسم، ولأن الحلف بذلك ممنوع فشدد عليه، وحكى في ذلك الاتفاق. واستشهد المصنف بقضاء عمر بن عبد العزيز وتصوره واضح.

وقوله: (**فتبين خلافه**) يريد ناقة أخرى، وبذلك فسره أبو الحسن.

ابن عبد السلام: ووقع لابن الماجشون ما ظاهره أن اللغو يجري في غير اليمين بالله. ففي المبسوط: في أخوين كانا شريكين، اشترى رجل من أحدهما ثوباً، فدفع الثمن إلى أخي البائع وهو يظنه البائع، ثم لقيه البائع فسأله عن الثمن، فقال: قد دفعته إليك، فقال: والله

ما أخذت منك شيئاً، فقال: امرأتي طالق إن لم أدفع إليك الثمن. فقال: ويحك لعل أخي. فسئل أخوه، فقال: نعم دفع إلي، فقال: ما كنت ظننت إلا أني دفعت إليك، فقال مالك: هو حانث. وقال ابن الماجشون: لا شيء عليه، إنما أصل يمينه أنه دفع إليك الثمن فيما رأى، وأنه لم يحبسه عنك، فكيف يحنث ههنا؟!

خليل: ويمكن أن يقال: ليس في هذا ثبوت اللغو في غير اليمين بالله؛ لأنه لما كان الأَخَوان في هذه المسألة شريكين، ومن دفع إلى أحد الشريكين فقد برئ من الآخر؛ إذ كل من الشريكين وكيل عن الآخر وهو إنما حلف على البراءة، فلا يلزم من الحكم في هذه المسألة بعدم الحنث أن يكون كذلك في غير هذه المسألة، وهذا ظاهر من تعليل ابن الماجشون، والله أعلم.

وَمَنْ قَالَ لِشَيْءٍ: هُوَ عَلَيَّ حَرَامٌ مِنْ طَعَامٍ أَوْ شَرَابٍ أَوْ أُمِّ وَلَدٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ عَبْدٍ أَوْ غَيْرِهِ إلا الزَّوْجَةَ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

تصوره ظاهر، ولا أعلم فيه خلافاً عندنا. قال في المدونة: قال زيد بن أسلم: إنما كَفَّر النبي صلى الله عليه وسلم في تحريمه أم ولده؛ لأنه حلف بالله لا يقربها.

وَكَذَلِكَ هُوَ يَهُودِيٌّ، أَوْ نَصْرَانِيٌّ، أَوْ سَارِقٌ، أَوْ زَانٍ، أَوْ يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ، أَوْ عَلَيْهِ غَضَبُ اللَّهِ، أَوْ دَعَا عَلَى نَفْسِهِ إِنْ فَعَلَ، وَلْيَسْتَغْفِرِ اللَّهَ ....

لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من حلف بملة سوى الإسلام كاذباً فهو كما قال**». قال في الاستذكار: وهو حديث صحيح النقل وليس على ظاهره، وكأنه صلى الله عليه وسلم أراد النهي عن موافقة هذا اللفظ. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**من حلف منكم باللات والعزى، فليقل لا إله إلا الله، ومن قال: تعال أقامرك فليتصدق**»، وهو حديث صحيح ثابت. انتهى. وقال الباجي: معنى الحديث: «**من حلف بملة غير الإسلام فهو**

كما قال»؛ يعني: معتقداً لذلك، ولذلك أمر من حلف باللات والعزى بالتهليل، لنفي الكفر. انتهى. وعلى هذا فيطالب بالشهادة والاستغفار.

وَلَوْ قَالَ: أَحْلِفُ أَوْ أُقْسِمُ وَلَمْ يَنْوِ بِاللَّهِ وَلا بِغَيْرِهِ فَلا كَفَّارَةَ عَلَى الْمَشْهُورِ

حاصله: إن قصد بالله؛ يريد: أو تلفظ بالله لزمته الكفارة، نص عليه التونسي وصاحب الجواهر. وحكى الباجي الاتفاق عليه مع التلفظ وفيه نظر؛ لأن سحنون حكى في السليمانية أنه اختلف فيمن قال: أشهد بالله أو أقسم بالله، هل هي يمين أو لا ؟ وخرج اليمين فيها إذا نوى بالله ولم يلفظ بها خلافاً مما إذا عقد اليمين بقلبه. واستشكل بأن هنا لفظًا فكان أقوى، وإن قصد بغيره لم يلزمه، وإن لم يقصد [٢٣٨/ أ] شيئاً فالمشهور أنه لا يلزمه؛ لأن الأصل براءة الذمة، وقيل: يلزمه لأن أصل اليمين إنما هو بالله، ولم أقف عليه بعد البحث عنه، وإنما هو معزو لأبي حنيفة، وقاله ابن عبد السلام. والمشهور مذهب المدونة وألحق فيها بهما "أشهد"، واقتصر في الأمهات على الثلاث وزاد البرادعي "أعزم".

أبو الحسن: وليس بجيد لأن "أعزم" ليست يميناً حتى يقول بالله. انتهى.

ونص ابن يونس على ما قاله أبو الحسن، لكن نص التونسي على مثل ما في التهذيب وزاد فيها: وإن قال الرجل: أعزم عليك بالله ألا فعلت كذا، فيأبى، فهو كقوله: أسالك بالله لتفعلن كذا، فامتنع فلا شيء على واحد منهما. وفي الجلاب والكافي: ومن قال لرجل: أقسم عليك لتفعلن كذا وكذا، فإن أراد مسألته فلا شيء عليه، وإن أراد عقد اليمين على نفسه حنث بترك المقسَم عليه ما علقه به. فإنه قلت: ما الفرق على ما في التهذيب بين أعزم بالله، وأعزم عليك بالله؟ قيل: لأن الأولى حلف فيها على نفسه فكانت منعقدة، والثانية: إنما سأل فيها غيره.

ابن حبيب: ومن قال لرجل: أعزم عليك بالله، فهو كقوله: أسألك بالله، فينبغي له أن يجيبه ما لم يكن معصية، وكذلك إن سئل بالرحم؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ﴾ [النساء: ١]. **التونسي**: وأما قوله: أقسمت عليك بالله لتفعلن، ففي كتاب ابن حبيب: إن لم يفعل فهو حانث، وفي كتاب محمد: إن قال: أعزم عليك ألا تفعل، فلا شيء عليهما. التونسي: فما الفرق بين أقسمت عليك بالله لتفعلن، وبين عزمت عليك بالله لتفعلن؟

وَلَوْ قَالَ: أَشَدُّ مَا أَخَذَ أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ فَفِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ أَوْ جَمِيعِ الأَيْمَانِ: قَوْلانِ

القول بكفارة اليمين لابن وهب، والقول بلزوم الأيمان لابن القاسم، قال: إن لم تكن له نية لزمه طلاق نسائه، وعتق رقيقه، والصدقة بثلث ماله، ويمشي إلى الكعبة في رواية عيسى إلا أن يكون قد عزل الطلاق والعتاق، فليكفر ثلاث كفارات.

الباجي: يريد - والله أعلم - الصدقة والمشي وكفارة الأيمان. وحمل بعضهم الكفارات على ظاهرها. ومنشأ الخلاف: النظر إلى المحلوف به، أو إلى ما يترتب على الحالف. وقول ابن القاسم أقرب؛ لأن صورتها على ما في العتبية وغيرها: علي أشد ما أخذ أحد على أحد، وذلك التزام، وليست اليمين بالله ولا غيرها مما يلتزم وإنما يلتزم ما يترتب على الأيمان، والمرتب على الأيمان بالله تعالى ليس أشد، فوجب العدول إلى ما يترتب على أشد الأيمان. لكن في كلامه نظر؛ لأن الظاهر أن مراده بجميع الأيمان: الأيمان اللازمة، في قوله: (**الأيمان تلزمه**). **ابن عبد السلام**: ولا نعلم أحداً من المتقدمين والمتأخرين بعد البحث عن أقوالهم أوجب في أشد ما أخذ أحد على أحد كفارة ظهار ولا صوم سنة.

خليل: وفي المفيد عن بعضهم إلزام كفارة الظهار.

وَلَوْ قَالَ: الأَيْمَانُ تَلْزَمُهُ - وَلا نِيَّةَ تَخصص - فَالْجَمِيعُ اتِّفَاقاً، وَفِي لُزُومِ طَلْقَةٍ أَوْ ثَلاثٍ قَوْلانِ، وَيَلْزَمُهُ عِتْقُ مَنْ يَمْلِكُ حِينَ الْحِنْثِ، وَالْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، وَصَدَقَةُ ثُلُثِ الْمَالِ، وَكَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَكَفَّارَةُ ظِهَارٍ، وَصَوْمُ سَنَةٍ إِنْ كَانَ مُعْتَادَ الْيَمِينِ بِهَا ....

الطرطوشي: ليس لمالك ولا لأصحابه في هذه المسألة قول يؤثر، وإنما تكلم فيها المتأخرون وفيها أربعة أقوال في المذهب:

نقل عن الأبهرى أنه لا يلزمه إلا الاستغفار، وعن الطرطوشي وابن العربي والسهيلي أن عليه ثلاث كفارات. الطرطوشي: ولا يدخل في يمينه طلاق ولا عتق إلا أن ينوي ذلك أو يكون العرف جارياً به، قال: ولا فرق بين أن يقول: الأيمان تلزمني، أو لازمة لي، أو جميع الأيمان أو الأيمان كلها تلزمني. وعن ابن عبد البر أن عليه كفارة يمين. وعلى هذا فالاتفاق الذي ذكره المصنف تبعاً لابن بشير ليس بجيد.

وقوله: **(وَلا نِيَّةَ تَخصص)** يقتضي تصديقه لو ادعى تخصيصاً ونص على ذلك أبو عمران، وقال الباجي: لا خلاف في تصديقه فيما لا يحكم عليه به من صوم ومشي وعتق غير معين.

وأما الطلاق والعتق المعين فيجرى الخلاف فيه على الخلاف في مسألة الحلال عليَّ حرام. انتهي. وستأتي هذه المسألة المخرج عليها قوله: **(وَفِي لُزُومِ طَلْقَةٍ أَوْ ثَلاثٍ قَوْلانِ)**

الباجي: اختلفوا في الطلاق الواجب بذلك فقال أبو عمران: وأكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية: تلزمه طلقة. وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ومعظم أهل بلدنا: تلزمه ثلاث، وهو الأظهر على أصل مالك. قال أبو بكر: لأنه يلزمه من كل نوع من الأيمان أوعبها ولذلك أوجبنا عليه الحج ماشياً دون العمرة لما كان ذلك أوعب، وإذا قلنا بطلقة فهل هي بائنة أو رجعية؟ حكى بعضهم في ذلك قولين، والذي كان يفتي به الشيخ أبو محمد: لزوم الثلاث وهو الصحيح عند التونسي واللخمي وعبد الحميد والمازري وغيرهم، حتى إن

السيوري أفتى بنقض حكم حاكم أفتى بالواحدة، وحكى ابن بشير قولاً بالفرق بين أن يكون قصد بقوله: "الأيمان تلزمني" العموم فتلزمه الثلاث، وإن لم يكن له مقصد في ذلك لزمته واحدة. وقوله: (**وَيَلْزَمُهُ [٢٣٨/ب] عِتْقُ مَنْ يَمْلِكُ**) يريد: وكذلك الطلاق.

الباجي: وإن لم يكن عنده امرأة أو مملوك لم يلزمه فيمن يتزوج في المستقبل ولا من يشتري في المستقبل، وعليه عتق رقبة لا أكثر. ابن زرقون: وقولُهُ: "إذا لم يكن عنده مملوك لا يلزمه عتق رقبة" غيرُ معروف من أقوال من تكلم على هذه المسألة، وفيه نظر؛ فقد نقل صاحب الجواهر عن الأستاذ أن المتأخرين أجمعوا على أنه إن لم يكن عنده رقيق أن عليه عتق رقبة.

وقوله: (**وَالْمَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ**) يعني: في حج. كما تقدم عن أبي بكر بن عبد الرحمن. ونقل في البيان عمن أدرك من الشيوخ: في المشي في حج أو عمرة. وفي قوله: (**يعتق من يملك حين الحنث**) نظر. وأهل المذهب أنه إنما يلزمه من كان مملوكاً يوم اليمين؛ إذ المعروف من المذهب فيمن حلف إن فعل كذا فعليه التصدق بثلث ماله، أنه إنما يلزمه الثلث حين اليمين. ولم أرَ أحداً وافق المصنف على قوله وقد اعترض عليه ابن هارون في ذلك.

قوله: (**وَكَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَكَفَّارَةُ ظِهَارٍ**) ابن هارون: يوهم أن عليه عتق رقبة أخرى غير ما ذكر من العتق أولاً، وليس كذلك بل لم يوجبوا عليه إلا صوم شهرين متتابعين. وكان الشيخ أبو محمد لا يوجب في ذلك كفارة ظهار، وتبعه في ذلك جماعة. وحكى ابن عتاب عن بعضهم إيجابها واستشكل ابن زرقون وغيره إيجابها؛ لأن يمين الظهار غير معهودة ولا متعارفة. وكذلك قال ابن راشد: وفي كفارة الظهار نظر؛ لأنها إنما لزمت في الظهار لكونه أتى بلفظ الظهار وهو منكر من القول وزور، وهذا اللفظ بعينه لم ينطق به. وقال: وإن كان مرادهم أن هذا اللفظ استعمل مكان كل لفظ من ألفاظ الأيمان فيلزمه أن يعتزل زوجته حتى يكفر، ولا تلزمه الكفارة حتى يعزم على العودة.

قوله: (**إِنْ كَانَ مُعْتَادَ الْيَمِينِ بِهَا**) أي: الحلف، قاله ابن بشير. وينبغي في غير الصوم أيضاً أنه لا يلزم إلا بالعادة ولهذا قال ابن عبد السلام: ينبغي للمفتي أن ينظر إلى عرف زمانه وبلده.

ابن راشد: وهذا إشكال أوجب توفيقي عن الفتوى في هذه المسألة، ولا سيما إذا سألني من لا يفهم ما يراد بها، وسمعت عن بعض المفتين أنه إذا جاءه من لم يعرف مدلول هذا اليمين فيقول له: لا يلزمك شيء، وكان غيره يقول: إذا سمعت غيرك يحلف بها ما الذي يسبق لذهنك فيها؟ فيقول لهم إنه يلزمه الطلاق الثلاث، فيقول له: طلق امرأتك بالثلاث، وهذه الطريق عندي أنسب وهذا ظاهر. وقد ذكر القرافي فيه قاعدة وهي: أن الحكم المرتب على العرف والعادة يتغير بتغير العرف والعادة، عندنا بمصر الحلف بالطلاق واليمين بالله والعتق دون سواهما، وأكثرهم لا يعرف الظهار.

المتيطي: قال ابن عتاب: ويلزم الحالف بهذه اليمين الأدب. قال أبو الأصبع: وهو صحيح وقد ذكر ابن حبيب أن هشام بن عبد الملك كتب أن يضرب من حلف بطلاق أو عتاق عشرة أسواط، واستحسن ذلك مالك، وكذلك الحالف بالمشي إلى بيت الله من تكرر حلفه بذلك وعرف به كان جرحة في شهادته ولو بر.

وَإِذَا كَرَّرَ الأَيْمَانَ بِغَيْرِ الطَّلاقِ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ لَمْ تَتَعَدَّدْ، وَلَوْ قَصَدَ التَّكْرَارَ عَلَى الْمَشْهُورِ مَا لَمْ يَنْوِ كَفَّارَاتٍ أَوْ يَقُلْ: عَلَيَّ عَشْرُ كَفَّارَاتٍ أَوْ عُهُودٍ أَوْ نُذُورٍ وَنَحْوِهِ فَعَدَّدَ مَا ذَكَرَ، وَقِيلَ: إِنِ اتَّحَدَ الْمَعْنَى فَتَأْكِيدٌ مِثْلُ: وَاللهِ، وَالسَّمِيعِ، وَالْعَلِيمِ، وَإِنِ اخْتَلَفَ الْمَعْنَى تَكَرَّرَ اللُّزُومُ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ بَشِيرٍ مِثْلُ: وَالْعِلْمِ، وَالْقُدْرَةِ، وَالإِرَادَةِ ....

حاصله: إن نوى التأكيد لم يلزمه إلا كفارة واحده بالاتفاق، وإن نوى كفارات متعددة لزمه ذلك اتفاقاً، وإن قصد الإنشاء ولم يقصد كفارات فالمشهور أنها لا تتعدد ولو كان في مجلسين، رواه ابن القاسم عن مالك، وكذلك قال ابن المواز.

وظاهر قوله: **(وإذا كرر اليمين على شيء واحد لم تتكرر)**، وإن قصد التكرار على المشهور أنه لا فرق أن يكون المحلوف به اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته، وهو صحيح، وإن كان أكثر الشيوخ لم يحفظ قولاً بتكرير الكفارة في الأسماء ففي الاستذكار عن مالك فيمن قال: والله والرحمن، عليه كفارتان. وإن قال: والسميع والعليم والحكيم عليه ثلاث كفارات. قال: وقد تقدم قوله: من حلف بالله مراراً ثم حنث عليه كفارة واحدة، ففرق بين تكرار اسم واحد وبين الأسماء المختلفة. انتهى.

وفي الموازية: لو قال: والله ثم والله فكفارة واحدة، وكذلك لو قال: والله والله. وقال ابن عبد الحكم: تتعدد في الواو مع واو القسم أعني: إذا قال: والله ووالله ووالله، وإن قال: والله والله والله، فعليه كفارة واحدة هذا معنى كلامه. وحكى جماعة في تعدد الكفارة بالصفات ثلاثة أقوال: المشهور كما ذكر المصنف عدم التكرار. والتكرار حكاه ابن يونس عن بعض المتأخرين وتأوله بعضهم على المدونة، والصحيح عندهم تأويلها الأول، والثالث الفرق فإن كانت الصفة الثانية هي الأولى في المعنى لم تتعدد كمن حلف بالعزة والجلال والعظمة؛ لأن ذلك يرجع إلى صفة واحدة وهي القدرة، وكمن حلف بغضب الله ورضاه وسخطه ورحمته؛ لأن ذلك يرجع إلى الإرادة. وإن كانت الصفة الثانية غير الأولى تعددت كالعلم والقدرة. ونسب هذا القول صاحب التنبيهات لجماعة المتأخرين، ونسبه صاحب البيان للتونسي [٢٣٩/ أ] قال: ويلزم عليه إذا قال: والعالم والقادر والمريد، أن يكون عليه ثلاث كفارات لتضمُّن كل اسم منها صفة تخالف ما يفيده الآخر، ورأى بعضهم هذا الخلاف إنما هو في هذا الوجه، لا فيما إن كانت الصفات راجعة إلى معنى واحد، فقوله: **(وَإِنْ قَصَدَ التَّكْرَارَ عَلَى الْمَشْهُورِ)** ظاهر مما ذكرناه، ورأى مقابل المشهور أنه لا فرق بين أن يقصد تعدد الكفارة أو ما هو مستلزم لتعددها، ابن عبد السلام: وهو الأقرب.

وقوله: **(لَمْ يَنْوِ كَفَّارَاتٍ أَوْ يَقُلْ: عَلَيَّ عَشْرُ كَفَّارَاتٍ)** ظاهر متفق عليه، وقوله: **(وقِيلَ: إِنِ اتَّحَدَ الْمَعْنَى فَتَأْكِيدٌ)** مثل: والله والسميع والعليم، وهو قول المتأخرين والتونسي كما تقدم، وما نسبه المصنف لاختيار ابن بشير هو اختيار أبي عمران وابن يونس فإن قلت: فما الفرق بين المشهور من أن اليمين بالله لا تكرر فيها الكفارة، وبين المشهور في الطلاق؟ فان المشهور فيه الحمل على التأسيس إلا أن ينوي التأكيد، قيل: لأن المحلوف به هنا شيء واحد يستحيل التعدد عليه بخلاف الالتزامات، ولذلك قيل بعدم التكرار في الظهار؛ لأن مدلول الظهار الثاني تحريم المرأة، وقد حصل بالظهار الأول.

فرعان:

الأول: إذا كرر اليمين لا على ما حلف عليه أولاً، ولكن على ما هو مستلزم له. ففي العتبية عن مالك فيمن حلف لأفعلن كذا فقيل له: إنك ستحنث، فقال: لا والله لا أحنث، إن حنث عليه كفارتان، وقال ابن القاسم في المبسوط: ليس عليه إلا كفارة واحدة.

عياض: وقول مالك أولى؛ لأن مقصود اليمين الأولى على فعل شيء والثانية على فعل شيء غيره، وهو الحنث فتأمله.

الثاني: إذا قال: علي أربعة أيمان، ففي العتبية عليه أربع كفارات. أبو محمد: وأعرف أن ابن المواز قال: عليه كفارة واحدة إلا أن تكون له نية.

وَالاسْتِثْنَاءُ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ لا يَنْفَعُ فِي غَيْرِ الْيَمِينِ بِاللَّهِ عَلَى مُسْتَقْبَلٍ

المراد بالمشيئة: أن يقول: لا أفعل كذا إن شاء الله، فإن فعل فلا كفارة عليه، وحكى في الاستذكار الإجماع على إسقاط الكفارة به إذا كان متصلاً، واختص الاستثناء بالمشيئة بالمستقبل؛ لأن الماضي إما لغو وإما غموس، ولا تعلق للكفارة بواحد منهما ولا خلاف عندنا أن الاستثناء بالمشيئة في غير اليمين بالله تعالى لا يفيد. نعم في حكم اليمين بالله تعالى النذر المبهم.

فرع:

ابن راشد: وهل يقوم مقام الاستثناء "إلا أن يشاء الله" في إسقاط الكفارة ما إذا قال: إلا أن يقضي الله أو يريد الله؟ قال ابن القاسم في العتبية: من حلف على أمر ليفعلنه إلا أن يقضي الله أو يريد الله ليس بثنيا، وقال عيسى: هو ثنيا. قال في البيان: وهو القياس والنظر الصحيح؛ لأن قضاء الله ومشيئته وقدرته هي إرادته فلا فرق بين الجميع. ووجه قول ابن القاسم أن الحالف بالله ألا يفعل فعلاً أو ليفعلنه قد علم أنه لا يفعله، ولا يترك فعله إلا بقضاء الله وقدرته، وعلى هذا انعقدت يمينه وهي نيته وإرادته إن كان من أهل السنة، فكان الأصل ألا ينفعه الاستثناء؛ إذ لا زيادة فيه على ما نواه. خرج من ذلك الاستثناء بالمشيئة بالسنة والإجماع فبقي ما عداه على الأصل. ورأى أصبغ أن قوله: "إلا أن يقضي الله" ثنيا، بخلاف "إلا أن يريد الله" أو يرى غير ذلك. قال: ولا وجه له.

القرافي: وينبغي أن يبنى الخلاف هنا على الخلاف في الأسباب الشرعية، هل يقاس عليها إذا عقل معناها أم لا؟ كما قيل في قياس النبش على السرقة واللواط على الزنى.

وَأَمَّا الاسْتِثْنَاءُ بِإِلاَّ وَنَحْوِهَا فَمُعْتَبَرٌ بِشَرْطِهِ فِي الْجَمِيعِ، وَشَرْطُهُ فِي الْجَمِيعِ الاتِّصَالُ مِنْ غَيْرِ قَطْعٍ اخْتِيَاراً، وَإِنْ طَرَأَ قَصْدُهُ بَعْدَ تَمَامِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فَصْلٌ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَلا تُفِيدُ نِيَّةُ الاسْتِثْنَاءِ إلا بِتَلَفُّظِهِ، وَلَوْ كَانَ سِرّاً بِحَرَكَةِ لِسَانِهِ وَلا بِتَلَفُّظِهِ سَهْواً، أَوْ تَبَرُّكاً حَتَّى يَنْوِيَهُ ....

أي: وأما الاستثناء بإلا وسائر أدوات الاستثناء المذكورة في علم العربية فتنفع في الجميع بشرطه، ثم فسر شرطه فقال: (**وَشَرْطُهُ فِي الْجَمِيعِ**... إلخ).

ابن عبد السلام: ومراده بالجميع: جميع أدوات الاستثناء.

خليل: ويحتمل جميع الأيمان، وحاصل ما ذكره ثلاثة شروط أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء:

الأول: أن يكون متصلاً من غير قطع اختياراً، واحترز بالاختيار مما لو انقطع بسعال ونحوه، فأنه لا يضر. قوله: **(ولو طَرَأَ)** يعني: أنه لا يشترط فيه أن ينوي قبل الفراغ من اليمين، بل لو طرأ قصده بعد تمام اليمين واتصل نفعه على المنصوص. ومقابله لابن المواز اشترط أن يكون منوياً قبل تمام الحلف ولو بحرف. والمشهور أظهر. فإن الاستثناء إما حل لليمين كما ذهب إليه ابن الماجشون، وإما رفع للكفارة كما ذهب إليه ابن القاسم، وقيل: لا حل ولا رفع. وزاد في البيان ثالثاً: أن الاستثناء من العدد لا بد أن يعقد عليه يمينه بالنية، ولا يجوز أن يستدركه، وإن وصله بيمينه أو قبل آخر حرف من كلامه.

الشرط الثاني: أن يكون الاستثناء ملفوظاً به، فلا تكفي فيه النية وحدها، ولا يشترط في النطق الجهر ولذلك قال: **(وَلَوْ سِرّاً بِحَرَكَةِ لِسَانِهِ)** واعلم أن الاستثناء على ضربين:

أحدهما: إخراج بعض [٢٣٩/ ب] ما اقتضاه اللفظ وهو الاستثناء بإلا وأخواتها. قال في البيان: والمشهور فيه أنه لا بد من حركة اللسان، وروى أشهب أن النية تجزئ، وخصص صاحب الجواهر هذا الخلاف بما إذا كانت اليمين لا يقضى فيها بالحنث أو كانت مما يقضى فيها ولم تقم عليه بينة، وأما إن كانت مما يقضى فيها بالحنث وقامت عليه بينة فالحكم بما قالته البينة.

وثانيهما: استثناء يخرج به جميع الجملة في بعض الأحوال؛ كقولك: والله لأعطين القرشيين ثلاثة دراهم إن كان كذا، أو إلا أن يكون. قال في البيان: فهذا لا بد فيه من تحريك اللسان قولاً واحداً، وكذلك حكى ابن المواز الاتفاق على اشتراط اللفظ إذا كان الاستثناء بإن أو إلا أن.

وقوله: **(وَلَوْ سِرّاً بِحَرَكَةِ لِسَانِهِ)** لا إشكال فيه إن كانت اليمين متبرعاً بها، وأما إن كانت في حق واجب، فقال ابن القاسم في العتبية: إذا حرك لسانه بالثنيا فله ثنياه، وإن لم يعلم بذلك مستحلفه. قال: وليس عليه أن يعلم مستحلفه. وأنكر ذلك سحنون،

وقال: لا ثنيا له وإن حرك لسانه؛ لأن اليمين على نية المستحلف، ونحوه عن أصبغ وغيره، وهذه المسألة مبنية على أن اليمين على نية الحالف والمستحلف، وسيأتي ذلك.

الشرط **الثالث**: أن يكون منوياً، فلو تلفظ به سهواً لم يفد، وقوله: **(حَتَّى يَنْوِيَهُ)** أي: حتى ينوي الاستثناء بما تلفظ به، فلذلك لو نوى التبرك لم يفد شيئاً.

وَجَاءَ فِي الْحَلالِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى إِخْرَاجَ الزَّوْجَةِ ثَالِثُهَا: إِنْ قَصَدَ الْخُصُوصَ أَفَادَ وَإِلاَّ فَلا ....

اعلم أن ههنا حقيقتين:

الأولى: الاستثناء بالنية: وهو أن يقصد بلفظه أولاً العموم، ثم يخرج منه شيئاً بإلا أو إحدى أخواتها، وقد تقدم ذكره. وذكرنا ما فيه من الخلاف: هل يكتفى فيه بالنية، أو لا بد من اللفظ؟

الثانية: المحاشاة: وهي أن يعزل في أصل عقد بيمينه شيئاً قاله في الجواهر.

وحكى اللخمي وصاحب الذخيرة أنه لم يختلف أن المحاشاة تكفي فيها النية، ونقل ابن العربي في أحكامه عن أشهب أنه لا تكون المحاشاة إلا بقلبه ولفظه، كما دخلت في لفظه، قال: والصحيح الأول. وكان شيخنا رحمة الله يزيد هنا حقيقة ثالثة، وهي التخصيص بالنية ويذكر في إفادتها للخلاف قولين، وهي كالاستثناء في كونه قصد أولاً بلفظه العموم، غير أن الاستثناء أخرج فيه البعض بأحد أدوات الاستثناء، وفي التخصيص بإخراج البعض بغيرها. إذا تقرر هذا فاختلف في القائل: الحلال علي حرام، ونوى إخراج الزوجة، ولذلك صورتان:

إحداهما: أن يقصد أولاً بلفظه العموم ثم يخرج الزوجة.

الثانية: أن يقصد ابتداء الخصوص. وحكى المصنف في الصورتين ثلاثة أقوال:

الأول: يفيده وهو المشهور، وقول ابن القاسم ومقابله نقله أشهب ولم يعزه. **الثالث**: إن قصد أولاً الخصوص أفاد وإن قصد العموم لم يفد. ونسب ابن عبد السلام الثاني لابن مسلمة، والثالث لأشهب. وحاصل هذا القول التفرقة؛ فيفيد في المحاشاة، ولا يفيد في الاستثناء. وقد علمت أن المشهور في المحاشاة والاستثناء متعاكس؛ لأنه قد تقدم أن المشهور في الاستثناء أنه لا يفيد بمجرد النية، والمشهور هنا على ما ذكره الباجي أنه يفيد.

واعلم أن هذه المسألة إنما أتى بها الأشياخ على أنها من باب المحاشاة، ألا ترى إلى قول الباجي المشهور أنه يفيد، ولو كان من باب الاستثناء لم يكن المشهور الإفادة. وزاد ابن يونس ثالثاً في المحاشاة: يحنث المستحلف دون المتبرع. وإذا تقرر لك أن كلام المصنف شامل لصورتي المحاشاة والاستثناء، وأن المشهور فيهما متعاكس، علمت أن قول ابن عبد السلام: "المشهور أنه يفيد" ليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أن المشهور الإفادة في الصورتين.

اللخمي: واختلف أيضاً إذا قال: كل الحلال علي حرام، فقال مالك: يدخل فيه زوجته إلا أن يحاشيها بقلبه. وقال أشهب: لاتنفعه المحاشاة بالنية، إلا أن يحاشيها بلسانه. ونقل الباجي وغيره عن أشهب صحة المحاشاة بالنية إذا لم يأت بلفظة كل.

الباجي: ولا فرق بين زيادة لفظة "كل" وترك زيادتها؛ لأن قوله: الحلال علي حرام عموم ومن قال: ليس للعموم لفظ موضوع ينبغي أن تكون لفظة "كل" تقتضي العموم، فإما أن يكون أشهب ينفي العموم في الألف واللام التي للجنس، ويثبته في "كل"، وإما أن يثبت العموم فيهما، ويجعل للقاصد قرينة تمنع الاستثناء بالنية دون اللفظ. وعلى هذا يصح أن يجري قوله في الأيمان اللازمة، إذا ثبتت فيها لفظة "كل"، أو عريت عنها. انتهى. وعلى هذا فالخلاف جارٍ سواء أتى بلفظه "كل" أم لا. ونقل ابن عبد السلام عن بعض الموثقين أنه لا يرى أن الخلاف حاصل مع الإتيان بلفظة "كل".

فرع:

وإذا قبلنا قوله في المحاشاة، فيقبل وإن قامت عليه بينة. قال الشيخ أبو بكر: يحلف، وقيل: لا يمين عليه، وأما إن استحلف فقال مالك في الموازية: لا تنفعه نيته سواء استحلفه الطالب، أو ضيق عليه حتى يحلف، أو خاف ألا يتخلص إلا باليمين. وقال مطرف عن مالك: يصدق في المحاشاة وإن استحلف لاختلاف [٢٤٠/ أ] الناس في الحرام، وإن كانت اليمين بغير الحرام لم تنفعه النية، واليمين على نية المستحلف. واستشكل ابن راشد القول بلزوم الطلاق مع دعواه المحاشاة قال: كيف يلزم بطلاق زوجته وهو لم يُرِدْها، قال: والذي عندي وسمعته من شيخي القرافي أن الخلاف إنما هو في نية لفظ المحاشاة. انتهى. أي: في نية لفظ حاشا. هكذا أشار إليه في آخر كلامه، وفيه نظر.

وَمَنْ حَلَفَ لا حَدَّثَ إِلا فُلاناً، وَنَوَى وَفُلاناً مِثْلُهَا

ظاهره أنه تأتي فيه الثلاثة الأقوال، والقول الثالث يمكن إثباته هنا بأن يفرق بين أن يكون العطف منوياً من أول الكلام أم لا. وقول ابن عبد السلام: الثالث لا يأتي هنا؛ لأن الفرض أن الحالف لم يرد الخصوص في ابتداء يمينه وإنما عول بالإخراج بإلا في نيته - ليس بظاهر؛ لأن المخرج بإلا ليس فيه كلام إنما الكلام في المعطوف عليه، وكذلك قال ابن هارون: إن الثلاثة يمكن إتيانها هنا، وظاهر كلامه أن الثلاثة المتقدمة منصوصة هنا، والمنصوص هنا لابن المواز أن نيته تنفعه في الطلاق والعتاق، إلا أن تكون على يمينه بينة.

وَفِي الْكَفَّارَةِ قَبْلَ الْحِنْثِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ عَلَى حِنْثٍ جَازَ

المشهور أنها تجوز قبل الحنث، لكن استحب مالك في المدونة كونها بعده، والقول بعدم الإجزاء لمالك، وتأوله بعضهم على الاستحباب، ولا يؤخذ من كلام المصنف أن هذا القائل يرى عدم الإجزاء؛ لأن كلامه إنما هو في الجواز. والثالث حكاه ابن بشير ولم يعزه، ونسبه ابن عبد السلام لابن القاسم في الموازية وفيه نظر. والذي نقله ابن يونس عن

ابن القاسم في الموازية إنما يرجع إلى الإجزاء مطلقاً. وحكى في الكافي رابعاً: لا يجزئ تقديم الصوم؛ لأن عمل البدن لا يقدم ويجزئه في غيره. وقد تجاذب المجيز والمانع قوله صلى الله عليه وسلم: «**من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها فليكفر عن يمينه، وليفعل الذي هو خير**». هكذا رواه مالك. وروي بـ«ثم» مع تقديمه «فليكفر» ومع تأخيره. قال في الاستذكار: وأكثر الأحاديث حديث عائشة رضي الله عنها وأبي الدرداء وعدي بن حاتم وابن عمر وأنس وأبي موسى وعبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنهم قالوا فيه: «فليأت الذي هو خير ثم يكفر عن يمينه» بتبدية الحنث. انتهى. وقال أبو داود: الأحاديث كلها: «وليكفر عن يمينه» وإلا ما لا يعبأ به، وتجاذبوا قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ ﴾ [المائدة: ٨٩] ومعناه فكفارة ذلك العقد. وظاهره أن ذلك تمام السبب، ومن منع تمسك بالمضمر اتفاقاً بعد قوله تعالى: ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ [المائدة: ٨٩] أي: فحنثتم، فإذاً لا بد في سبب الكفارة من اجتماع الحلف والحنث.

ابن بشير: بعد ذكر الثلاثة التي ذكرها المصنف: والرابع: أنه إن كانت الثانية يمينه بالله تعالى وما في معناه فله ذلك، وإن كانت بغيره فليس له ذلك. قال: وإن حلف على فعل - يعني له ولم يؤجله - فلا يتبين حنثه إذا كان على حنث إلا بموته، وأما إن حلف على فعل غيره، أو ما يرجع إلى فعل غيره، ففيه قولان: أحدهما أنه كالأول. والثاني: أن له أن يحنث نفسه وتفيده الكفارة؛ لأن هذا معرض للحنث بموت المعلق به اليمين فإن ضرب أجلاً فإن مر الأجل فقد وجب الحنث، وإن لم يمر فهل له تقديم الكفارة؟ ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له ذلك أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «**فليكفر عن يمينه**»، ويقيس سائر الأيمان على اليمين بالله تعالى، **والثاني**: ليس له ذلك؛ لأنه في الأجل على بر.

والثالث: الفرق بين اليمين بالله تعالى فيقدم، وبين غيرها فلا يقدم. انتهى.

والظاهر أن المصنف إنما تكلم على اليمين بالله تعالى فقط.

وَالْبِرُّ: لا فَعَلْتُ، وَإِنْ فَعَلْتُ، وَالْحِنْثُ: لأَفْعَلَنَّ، وَإِنْ لَمْ أَفْعَلْ

لما ذكر البر والحنث في القول الثالث، وكان كثير من أحكام الأيمان يتوقف على معرفتهما، أشار إلى صيغهما، فذكر أن للبر صيغتين: لا فعلت، وإن فعلت، وللحنث صيغتين: لأفعلن، وإن لم أفعل. وذكر المصنف صيغهما ولم يذكر حقيقتهما؛ لأن ذكر الصيغة تؤخذ منه الحقيقة. فإنه إذا كان صيغة البر: لا فعلت، وإن فعلت، علم أن البر هو أن يكون الحالف بإثر حلفه موافقاً لما كان عليه من البراءة الأصلية وكذلك يعلم من صيغة الحنث أن الحنث أن يكون الحالف بحلفه مخالفاً لما كان عليه من البراءة الأصلية ولا إشكال أن في صيغة الحنث حرف شرط كقوله: "والله إن لم أتزوج لا أقيم في هذه البلدة"، وأما "إن" في صيغة البر فنص ابن عبد السلام على أنها حرف نفي كقوله: "والله إن كلمت فلاناً" معناه: والله لا أكلم فلاناً؛ لأن "كلم" هنا وإن كان ماضياً فمعناه: الاستقبال؛ إذ الكفارة لا تتعلق إلا بالمستقبل. فإن قلت: فما صرف الماضي هنا إلى الاستقبال؟ قيل: الإنشاء إذ الحلف إنشاء، وقد ذكره النحويون من صوارف الماضي إلى الاستقبال. وقول ابن عبد السلام: أن "إن" في صيغة البر هنا للنفي إن أراد به: إذا لم يكن هناك جزاء فمسلم، وإلا فهي مع الجزاء شرط؛ كقولك: والله إن كلمت فلاناً لأعطينك مائة، أو والله إن دخلت الدار فلا أكلمك أو نحو ذلك.

وَمَنْ ضَرَبَ أَجَلاً فَعَلَى بِرٍّ إِلَيْهِ

يعنى: في [٢٤٠/ ب] صيغة البر والحنث كقولك: والله لأضربن فلاناً بعد شهر؛ لأنه لما كان له ترك الفعل إلى ذلك الأجل كان كالحالف على النفي.

وَفِيهَا: وَلَوْ كَفَّرَ قَبْلَ الْحِنْثِ أَجْزَأَ، كَمَنْ حَلَفَ بِعِتْقِ رَقَبَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ وَلا يَطَأُ فَأَعْتَقَ لإِسْقَاطِ الإِيلاءِ، فَقَالَ مَالِكٌ: يُجْزِئُهُ، وَأَحَبُّ إِلَيَّ بَعْدَ الْحِنْثِ، قَالَ مُحَمَّدٌ: وَقَالَ أَيْضاً: لا يُجْزِئُهُ إِلا فِي مُعَيَّنَةٍ ....

أتى بهذا بياناً للمشهور من الأقوال السابقة، وما نقله من التشبيه نحوه في ظاهر المدونة قال: وإن كفَّر قبل حنثه أجزأه كمن حلف بعتق رقبة ألا يطأ امرأته، فأخبر أن الإيلاء عليه، فأعتق إرادة لإسقاط الإيلاء، فقال مالك: أحب إلي أن يعتق بعد الحنث ولو أعتق قبله أجزأه ولا إيلاء عليه.

عياض وابن عبد السلام: والمشهور المعروف في كتاب الإيلاء أنه لا يجزئه في غير المعين، بخلاف اليمين بالله تعالى؛ لأن الإجزاء في اليمين بالله تعالى إما لظاهر الآية أو الحديث أو لجريان سبب الكفارة وهو عقد اليمين، وإما لالتزامات كقوله: إن وطئتك فعلي عتق رقبة أو صوم شهر أو صدقة دينار. فلم يأت فيها من الرخصة ما في اليمين بالله تعالى، ولا جرى سبب وجوبها، وإنما هي التزامات موقوفة على شروط فلا تجب إلا بعد حصول تلك الشروط. ونص ما في الإيلاء: ويكتب إلى الغائب، وإن كان ببلده مسيرة شهر أو شهرين، فيوقف أيضاً في موضعه، فإما عجل الكفارة، أو إيقاع ما ذكرنا من المعينات من عتق أو طلاق أو صدقة، وإلا طلق على كل واحد. انتهى. والقولان أيضاً لمالك في الموازية.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام الجمهور أن الخلاف المذكور في مسألة الإيلاء حاصل حقيقة. وقال الشيخ أبو محمد: إن الخلاف فيها إنما هو فيما بين المرأة وزوجها؛ لأنها تقول: لعل هذه الرقبة معتقة عن كفارة أخرى، وأما فيما بينه وبين الله فقد برئت ذمته، فعلى هذا لو صدقته المرأة أنها عن الإيلاء لما لزمه شيء إذا وطئها بعد ذلك. والجمهور على حصول الخلاف ظاهراً وباطناً كما قلنا. انتهى.

قوله: (**وَقَالَ أَيْضاً: لا يُجْزِئُهُ إِلا فِي مُعَيَّنَةٍ**) هذا أيضاً موافق لما في كتاب الإيلاء، ولا خلاف في الإجزاء في المعينة. وهذا كله إذا كانت يمينه على بر، وأما إن كانت على حنث كقوله: عليَّ عتق رقبة لأفعلن كذا.

ابن عبد السلام: المشهور في المذهب أن له تقديم العتق وأن له أن يحنث نفسه متى شاء، كانت الرقبة معينة أم لا.

وَلا تَجِبُ إِلا بِالْحِنْثِ طَوْعاً

أما أنها لا تجب إلا بالحنث طوعاً فمتفق عليه وظاهر، وتقييده بالطوع يقتضي أنه لا يحنث بالإكراه مطلقاً، وهو قول في المذهب، والمشهور أن الحالف إن كانت يمينه على حنث، يحنث بالاكراه. ففي البيان: من حلف ألا يفعل فعلاً فأكره على فعله، فلا يحنث بلا اختلاف، وإنما اختلف إذا حلف ليفعلن فعلاً فمنع من فعله وحيل بينه وبينه المشهور أنه حانث، إلا أن يكون نوى إلا أن يغلب. وقال ابن كنانة. لا حنث عليه. انتهى.

واستشكل المشهور غير واحد من الشيوخ. قال في المدونة: ومن حلف ليأكلن هذا الطعام أو ليلبسن هذه الثياب، أو يركب هذه الدابة، أو يضرب عبده غداً، فماتت الدابة أو العبد، وسرقت الثياب والطعام قبل غد، فلا حنث عليه بالموت؛ لأنه كان على بر بالتأجيل، ويحنث بالسرقة إلا أن يكون نوى أن تسرق. وقوله: لأنه كان على بر. هذه العلة يشترك فيها جميع المسائل التي ذكرها، وإنما يريد: لأنه كان على بر ولم ينسب إليه تفريط بخلاف السرقة فإنه ينسب إليه تفريط، كما قال صاحب تهذيب الطالب وغيره: لأن الفعل في السرقة والغصب ممكن، وإنما منعه السارق والغاصب. وقال أشهب: لا يحنث في السرقة ونحوها.

وَهِيَ عَلَى التَّخْيِيرِ: إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ أَحْرَارٍ مُسْلِمِينَ مُدّاً مُدّاً، وَقَالَ أَشْهَبُ: وَثُلُثاً، وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَنِصْفاً، أَوْ كِسْوَتُهُمْ، أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، ثُمَّ صِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مُرَتَّبَةٍ بَعْدَهَا، وَتَتَابُعُهَا مُسْتَحَبٌّ، وَالطَّعَامُ كَالْفِطْرِ ....

ما ذكره من التخيير في الثلاثة الأول وترتيب الرابع هو نص الآية الكريمة، واحترز بالأحرار من العبيد ومن فيه علقة رق، وقال في المدونة: وإن أعطى غنياً ولم يعلم به لم يجزه وفي الأسدية: من أعطى من زكاة أو كفارة لغني ولم يعلم به أجزأه.

واحترز بالمسلمين من الكفار فإنه لا خلاف أنهم لا يعطون. ولا خلاف أن المدينة يعطى فيها المد. **مالك** في المدونة: وأما سائر البلاد فإن لهم عيشاً غير عيشنا، فليخرجوا وسطاً من عيشهم، كما قال الله تعالى.

قال ابن القاسم: حيثما أخرج مدّاً بمده صلى الله عليه وسلم أجزأه، وظاهر قول مالك أنه لا بد من الزيادة على المد في غير المدينة كقول ابن وهب وأشهب، إلا أن مالكاً لم يحد الزيادة، وحمل أبو الحسن قول ابن القاسم على أنه خلاف لمالك ولذلك قال اللخمي: إن قول مالك أبين منه. وفي الرسالة أن المد يجزئ مطلقاً وكلام المصنف لا يؤخذ منه أن خلاف أشهب وابن وهب خاص بغير المدينة، بل نقل ابن عبد السلام عنهما أنهما يقولان بالزيادة في مصر وما قاربها في سَعة [٢٤١/ أ] القوت.

الباجي: وإنما يشترط المد إذا رفع إليهم الطعام، وأما إذا أطعموا بإدام فالمشهور شبعهم لو نقص عن المد.

وقوله: (**ثُمَّ صِيَامُ**) هو نص الآية. قال في المدونة: ولا يجزئه الصوم وله مال غائب، وليتسلَّف، وإن كان له مال وعليه دين مثله أجزأه الصوم، ولا يجزئه الصوم إن كان يملك داراً أو خادماً وإن قل ثمنها كالظهار. أشهب: وقيل: إن كان مجيء الدين قريباً انتظر، وإن وجد من يسلفه تسلف، ولو كفَّر بالصيام ولم ينتظر دينه أجزأه.

التونسي: ولم يبين في المدونة هل ماله قريب الغيبة أو بعيدها؟ فأما القريب فصواب، وأما البعيد فهو ابن السبيل يجوز له أخذ الزكاة، فما الذي يمنع أن يكفر بالصوم؟ لا سيما إن أمكن أن يذهب ماله، وعند أشهب في البعيد الغيبة أنه يكفر بالصوم. انتهى.

وكذلك حمل اللخمي المدونة على الإطلاق، وأخذ من قوله في المدونة: "ويتسلف" أن الكفارة على الفور. اللخمي: وأصل ابن القاسم أنه ينتظر وإن بعد؛ لأنه قال في المظاهر: لا يجزئه إلا الصوم، وإن طال مرضه. وقال أشهب: يجزئه الإطعام إن طال مرضه. فناقض اللخمي ما له هنا بما في الظهار.

أبو الحسن: وتأول بعض الشيوخ معنى قوله هنا: "فليتسلف إن أراد" فيقوم منه أن الكفارة على التراخي ويطابق ما في كتاب الظهار. ابن المواز: قال مالك: لا يصوم الحانث حتى لا يجد قوته، أو يكون في بلد لا يعطف عليه فيها. وقال ابن مزين عن ابن القاسم: إن كان له فضل عن قوت يوم ما يطعم أطعم، إلا أن يخاف الجوع وهو في بلد لا يعطف عليه فيها فليصم، واستحب التتابع في الصيام لكونه أقرب لبراءة الذمة.

وقوله: **(وَالطَّعَامُ كَالْفِطْرِ)** أي: وجنس الطعام كجنس زكاة الفطر، وهكذا قال الباجي، ولم أر أصحابنا يفرقون بين البابين، وظاهر مسائلهم المساواة. ابن عبد السلام: وتحقيق النقل أن هذا الباب وباب زكاة الفطر متقاربان لا متساويان.

فَإِنْ أَعْطَى خُبْزاً غَدَاءً وَعَشَاءً أَجْزَأَهُ مِنْ غَيْرِ إِدَامٍ عَلَى الأَصَحِّ

إجزاء الغداء والعشاء عليه جمهور العلماء. وقال الشافعي: لا يجزئ، وهو ظاهر قول يحيى بن يحيى: لا أعرف في هذا غداءً ولا عشاءً. قال في المدونة: ولا يجزئ غداءً دون عشاء ولا عشاء دون غداء ويطعم الخبز مأدوماً بزيت ونحوه. وظاهره اشتراط الإدام وكذلك قال ابن عبد السلام: مذهب المدونة اشتراطه، ويحتمل أن يكون على الأولى فلا يكون

مخالفاً لما صححه المصنف، وعلى عدم المخالفة حمله ابن هارون. وقال بعضهم: ومقدار الخبز رطلان بالبغدادي. وباشتراط الإدام قال ابن حبيب، قال: ولا يجزئه الخبز قفاراً.

اللخمي: وفي كتاب ابن مزين: يجزئه. والأول أحسن لقوله تعالى: ﴿ **مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ** ﴾ [المائدة: ٨٩]. **عياض**: والقفار بتقديم القاف وفتحها وتخفيف الفاء: الذي لا إدام معه.

ابن حبيب: والإدام: زيت أو لبن أو لحم أو قطنية أو بقل، وقال: ابن عباس: أعلاه اللحم وأوسطه اللبن وأدناه الزيت. والإطعام إما بتمكين كلٍّ بمفرده أو بتمكينهم فيأكلونه. التونسي: وتكون العشرة يقرب أكل بعضهم من بعض خوفاً أن يكون فيهم من يأكل كثيراً وآخر يسيراً، ولأنه لا يعطى المريض أو الصبي أو الرضيع إلا قدر ما يأكله الكبير.

وَيَجُوزُ لِلصَّغِيرِ الأَكْلُ وَلا يُنْقَصُ، وَفِيمَنْ لَمْ يَسْتَغْنِ بِالطَّعَامِ قَوْلانِ

حاصله: أن الصغير على قسمين: إن استغنى بالطعام أعطي، وإن لم يستغنِ به فقولان: مذهب المدونة أنه يعطى، ففي كتاب الظهار منها: ويطعم الرضيع من الكفارة إذا كان قد أكل الطعام، ويعطى ما يعطى الكبير، والقول بأنه لا يعطى حكاه ابن بشير ولم يعزه وللتونسي نحوه فإنه قال: وأما الرضيع فلا يطعم لأنه ليس في حد من الطعام له غذاء. انتهى. وحكى بعض المتأخرين قولاً بأن الصغير يعطى ما يكفيه خاصة، وإن لم يأكل الطعام، ومفهوم كلام المصنف أنه لا يعطى، وهو مفهوم ما نقلناه عن المدونة.

وأجاز في العتبية إطعام الصغير وأطلق لكن قيده ابن رشد فقال: معناه إذا كانوا قد بلغوا أن يأكلوا الطعام. قاله ابن القاسم عن مالك في ظاهر المدونة. وكلام الباجي يدل على إعطائه؛ وذلك لأنه لما ذكر قول أصبغ: وله أن يعطي الصغير من الطعام المصنوع ما يأكل الكبير. وذكر تفسير ابن المواز بأنه إذا كان فطيماً قال: يريد لأنه إذا كان يرضع لم يتغذَّ بالطعام المصنوع، ولا يتأتى بيعه في الأغلب فكان حكمه أن يدفع إليه حنطة يتأتى له بيعها وانتفاعه بها في غير القوت.

وَالْكِسْوَةُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ سَاتِرٌ لِلرَّجُلِ، وَثَوْبٌ وَخِمَارٌ لِلْمَرْأَةِ

قال في المدونة: وإن كسا في الكفارة لم يجزه إلا ما تحل الصلاة فيه؛ ثوب للرجل، ولا تجزئ عمامة وحدها، وللمرأة درع وخمار، وفي معنى الثوب الإزار الذي يمكن الاشتمال به، قاله ابن حبيب، فإن لم يمكنه الاتِّزار به، فقال الباجي: لم أرَ لأصحابنا نصّاً والأظهر أنه لا يجزئه. وقال غيره: يتخرج من إجازة مالك الصلاة بسراويل الإجزاء.

وَفِي جَعْلِ الصَّغِيرِ كَالْكَبِيرِ فِيمَا يُعْطَاهُ قَوْلانِ

القول بأنه كالكبير لمالك في العتبية، وهو قول ابن القاسم ومحمد، والقول بأنه يعتبر الصغير في نفسه نقله ابن المواز عن أشهب [٢٤١/ ب] قال: ويعطى كل من الصغير والصغيرة ثوباً قدره. وحكاه صاحب البيان عن ابن حبيب وأشار إلى أن معنى ذلك إذا لم يقصد إلى أصغرهم لتخف عنه الكفارة وإنما تحرى الصواب وقصد الحاجة. وظاهر ما حكاه اللخمي عن ابن الماجشون في الواضحة أن الصبية التي تؤمر بالصلاة تعطى ثوب رجل من غير خمار، وهكذا نقل الباجي عن ابن حبيب صريحاً. اللخمي: وروى ابن المواز عن ابن القاسم أنه لا يعجبه كسوة الرضيع بحال. وكان يقول: من أُمر بالصلاة منهم فله أن يكسوه قميصاً مما يجزئه. قال محمد: تفسيره: كسوة رجل. اللخمي: ومفهوم قول ابن القاسم غير هذا أنه يكسوه في نفسه. وهكذا قال الباجي: أن ابن القاسم يريد: إن كان دون كسوة رجل.

تنبيه:

إذا تقرر ما ذكرناه علمت أن النقل اختلف عن ابن حبيب؛ لأن صاحب البيان نقل عنه غير ما نقله الباجي كما تقدم.

وَلا يُشْتَرَطُ وَسَطُ كِسْوَةِ الأَهْلِ عَلَى الأَصَحِّ

لأن الله تعالى إنما شرطه في الإطعام، ولأن الكسوة تتفاوت كثيراً بخلاف الإطعام.

ابن راشد: والقول بمراعاة ذلك لم أقف عليه، ولعله قاسه على الإطعام وفيه بعد. انتهى. وحكاه ابن بشير عن اللخمي فقال: ورأى اللخمي لزوم الوسط كالإطعام، ولم أرَ ذلك في التبصرة، بل نص فيها على خلاف ذلك.

اللخمي: واختلف في المراد بالأهل في قوله تعالى: ﴿ **فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ** ﴾ [المائدة: ٨٩] هل المراد بالأهل أهل المكفر، أو أهل البلد الذي هو فيه؟ وفي المدونة: يخرج من عيش أهل البلد. وفي كتاب محمد: من عيش المكفر وهو أحسن؛ لأن إطلاق الأهل على أهله حقيقة وعلى أهل البلد مجاز فإن كان يأكل القمح لم يجزه الشعير ولو كان ذلك عيش أهل البلد، وإن كان يأكل الشعير أجزاه وإن كان عيش أهل البلد القمح.

ابن حبيب: إلا أن يكون فعل ذلك مع سعة، ومثله يأكل القمح فلا يجزئه الشعير. انتهى. وحكى غيره قول ابن حبيب عن أصبغ وجعله خلافاً لقول محمد. وإذا أخرج شعيراً فليخرج منه مبلغ شبع القمح.

وَالْعِتْقُ كَالظِّهَارِ

سيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

وَلَوْ أَطْعَمَ وَكَسَا وَأَعْتَقَ عَنْ ثَلاثٍ فَإِنْ نَوَى كُلَّ وَاحِدَةٍ عَنْ يَمِينٍ أَجْزَأَ اتِّفَاقاً، وَإِنْ شَرَّكَ لَمْ يُجْزِئْهُ مِنَ الْعِتْقِ شَيْءٌ؛ لأَنَّهُ لا يَتَبَعَّضُ، وَفِي غَيْرِهِ: قَوْلانِ، وَعَلَى التَّبْعِيضِ يَبْنِي عَلَى ثَمَانِيَةَ عَشَرَ، وَعَلَى نَفْيِهِ قَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يَبْنِي عَلَى سِتَّةٍ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: يَبْنِي عَلَى تِسْعَةٍ وَهُوَ الصَّحِيحُ ....

يعني: إذا كفر عن ثلاث كفارات بعتق وكسوة وإطعام، فلا خلاف في الإجزاء، سواء عين كل كفارة ليمين أو لا. **(وَإِنْ شَرَّكَ)** أي: جعل العتق عن الثلاث، وكذلك الإطعام والكسوة، فالعتق لا يجزئه اتفاقاً لكونه لا يتبعض.

واختلف في الإطعام والكسوة وهو مبني على أنه هل يجزئه في الكفارة الواحدة أن يكون بعضها كسوة وبعضها إطعاماً؟ والمشهور: لا يجزئه، وأجازه ابن القاسم في الموازية. ومنشأ الخلاف: هل التخيير في الجمل يقتضي التخيير في الأبعاض أم لا؟ ثم فرع المصنف على كل من القولين: فذكر أنه على القول بالتبعيض يبني على ثمانية عشر؛ لأنه قد ناب كل كفارة ثلاثة وثلث من الإطعام ومثلها من الكسوة والثلاثة لا تجزئ فتبطل. وكذلك لو قصد التشريك في كل مسكين لم يصح له شيء اتفاقاً، إلا أن يعلم أعيان المساكين فيزيد كل واحد ثلثي مد، وإنما بنى على ثمانية عشر؛ لأنه يصح لكل كفارة ستة.

وعلى نفي التبعيض، فقال ابن المواز: يبني على ستة: ثلاثة من الإطعام وثلاثة من الكسوة. وكذا في النوادر زاد فيها: ثم يكسو سبعة ويطعم سبعة ويكفر عن اليمين الثالثة بما شاء، وقال اللخمي: يبني على تسعة؛ لأنه قد تبين أنه قد صح له من كل من الإطعام والكسوة تسعة، وما ذكره عن اللخمي هو قول جميع الشيوخ، وقد نص عليه فضل بن سلمة والتونسي.

خليل: وكان شيخنا رحمة الله يوجه قول ابن المواز بما معناه: إن قاعدة ابن المواز: لا يبتدئ كفارة من نوع الأولى قبل أن تكمل الأولى فيلزم أن يبني على ثلاثة من الإطعام وثلاثة من الكسوة، وهذا كما قال ابن القاسم: لو صام أربعة أشهر عن ظهارين، ثم ذكر أنه أفطر يومين لا يدري اجتماعهما أو افتراقهما، فإنه قال: يصوم يومين ثم يقضي أربعة أشهر، وعلل صوم اليومين لاحتمال أن يكون اليومان من الكفارة الأخيرة فلا ينتقل عنها ويشرع في غيرها حتى يكملها، وكذلك من ذكر سجدة في آخر صلاته لا يدري من أي ركعة هي فإنه قال: يسجد الآن لاحتمال أن تكون من الأخيرة، والله أعلم.

وَالْعَدَدُ مُعْتَبَرٌ فَلا يُجْزِئُ مَا تَكَرَّرَ لِوَاحِدٍ إِلا فِي كَفَّارَةٍ ثَانِيَةٍ وَجَبَتْ بَعْدَ إِخْرَاجِهَا، فَلَوْ وَجَبَتْ قَبْلَهُ فَقَوْلانِ ....

يعني: أنه يجب في الإطعام والكسوة استيعاب عشرة مساكين، ولذلك لا يجزئه ما تكرر لواحد. **ابن بشير**: وهل يكرر الإعطاء لواحد من كفارات؟ أما إن وجبت الكفارة الثانية بعد إعطاء الأولى فلا خلاف في جوازه، وأما إن وجبت قبله ففيه قولان: الإجزاء قياساً على الأولى، وعدم الإجزاء كالكفارة الواحدة. فحكى الخلاف في [٢٤٢/ أ] عدم الإجزاء وهو ظاهر كلام المصنف. ولم أرَ القول بعدم الإجزاء في غيره وهو بعيد.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المدونة وغيرها أن المنع من ذلك على سبيل الكراهة وهو أشد ما يمكن، ولهذا قال ابن أبي زيد: إنما كره مالك ذلك؛ لئلا تختلط النية في الكفارتين، وأما إن حصلت النية في كل كفارة فجائز وصوبه أبو عمران.

فَلَوْ أَطْعَمَ عِشْرِينَ نِصْفاً نِصْفاً كَمَّلَ الْعَشْرَةَ مِنْهُمْ وَإِلا اسْتَأْنَفَ، وَكَذَلِكَ كَفَّارَةُ الظِّهَارِ وَنَحْوُهَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِيهَا: لا يُعْجِبُنِي وَإِنِ اخْتَلَفَتِ الْكَفَّارَتَانِ كَيَمِينٍ وَظِهَارٍ ....

قوله: (**وَإِلا**) أي: لم يكمل استأنف. واختلف شراح المدونة هل من شرط التكميل إبقاء ما دفعه إليهم بأيديهم إلى حين التكميل؟

قوله: (**وَكَذَلِكَ كَفَّارَةُ الظِّهَارِ**) أي: فيشترط فيها العدد وإن أعطى لمائة وعشرين كمل الستين منهم. وقوله: (**وَفِيهَا... إلخ**) أي: لم يعجبه في المدونة أن يدفع لمسكين مُدَّيْن من كفارتين وإن اختلف موجبهما، وبهذا يضعف تأويل ابن أبي زيد المتقدم؛ إذ كفارة الظهار متميزة عن كفارة اليمين بالله تعالى فلا اختلاط.

وَالنَّذْرُ، والطَّلاقُ، وَالْعِتْقُ - عَلَى صِفَةٍ فِيهِنَّ - تُسَمَّى يَمِيناً، وَهِيَ فِي التَّحْقِيقِ: تَعْلِيقٌ

كقوله: إن فعلت كذا فعلي نذر كذا، أو فامرأته طالق أو فعبده حر، وقوله: (**عَلَى صِفَةٍ**) أي: على حصول شرط. وقوله: (**تُسَمَّى**) أي: في اصطلاح الفقهاء. وقوله: (**وَهِيَ فِي التَّحْقِيقِ: تَعْلِيقٌ**) أي: التزام شيء على حصول شرط.

وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ عَلَى نِيَّةِ الْحَالِفِ، وَهِيَ وَغَيْرُهَا عَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ فِيمَا كَانَ عَلَى وَثِيقَةِ حَقٍّ عَلَى الأَظْهَرِ مِنْ شَرْطٍ فِي نِكَاحٍ أَوْ بَيْعٍ وَنَحْوِهِ أَوْ تَأْخِيرِ أَجَلٍ بِدَيْنٍ، وَفِيمَا سِوَاهَا ثَالِثُهَا: إِنْ سُئِلَ فِيهَا فَعَلَى نِيَّةِ الْمُسْتَحْلِفِ، وَإِلا فَعَلَى نِيَّتِهِ ..

حاصله أن من حلف فإما أن يكون على وثيقة حق أو لا.

فالأول: المعتبر فيه نية المحلوف له، وهو مراده بالمستحلِف.

وقول المصنف: (**عَلَى الأَظْهَرِ**) يقتضي أن في المسألة قولين، سواء كانت يمينه بالله أو بالطلاق أو بالعتق وهو صحيح، وقد حكاهما التونسي وصاحب الكافي. والقول بأنه على نية المستحلِف تحصيل مذهب مالك. وقال بعض أصحابنا المتأخرين: يصح تخصيص ما حلَّفه عليه ولكنه ظالم للمحلوف له، وقال بعضهم: لا يصح حتى يحرك لسانه، وفي التونسي: إذا كان إنما حلف في حق أو وثيقة وادعى النية وكانت يمينه طلاقاً أو عتقاً لم يصدق؛ لأن يمينه في الحق والوثيقة على نية المحلوف له، وقيل: يصدق. وأما إن كانت يمينه بالمشي إلى بيت الله وقال: أردت المسجد، فقيل: لا يصدق أيضاً؛ لأن يمينه في الحق والوثيقة على نية المستحلِف، وقيل: ينوي لأن هذا مما لا يقضى عليه به. انتهى.

خليل: وتقدم لابن القاسم أنه إذا حرك لسانه بالثُّنيا فله ثنياه، وإن لم يعلم بذلك مستحلِفه، وهو مما يصح أن يكون مقابل الأظهر وهذا خلاف طريق صاحب المقدمات وابن زرقون فإنهما حكيا الإجماع على أن النية لا تنفع إذا قطع بها حقاً لغيره للحديث الصحيح:

«من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار»، قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك»، قالها ثلاثاً.

والثاني: وهو الذي لا يكون على وثيقة حق، إما أن يكون بالله تعالى أو لا؛ فإن كانت بالله تعالى فعلى نية الحالف، وإلا فثلاثة أقوال:

الأول: أن اليمين على نية المحلوف له رواه ابن القاسم عن مالك، وبه قال ابن وهب وسحنون وأصبغ وعيسى.

والثاني: أنها على نية الحالف وهو قول ابن القاسم.

والثالث: التفصيل لابن الماجشون وسحنون: إن كان مستحلفاً فعلى نية المحلوف له، وإن كان متطوعاً فعلى نية الحالف، وخصص المؤلف هذا الخلاف بما عدا اليمين بالله تعالى، وهو خلاف طريقة صاحب المقدمات وابن زرقون؛ فإنهما عمما الخلاف وزادا قولين آخرين أولهما عكس الثالث: إن حلف متطوعاً فالمعتبر نية الغير لأنه إنما حلف لأجله، وإن استحلفه فله نيته لأنه كالمكره، وثانيهما: إنما يفرق بين أن يكون مستحلفاً أو متطوعاً فيما يقضى به عليه وأما غير ذلك فعلى نية الحالف، رواه أصبغ عن ابن القاسم. وما تقدم عن مالك أن للحالف نيته في "الحلال عليه حرام"؛ لاختلاف العلماء فيها بخلاف غيرها - قول سادس.

والضمير في قوله: **(سِوَاهَا)** عائد على قسمي اليمين بالله؛ أي: وسواء كانت على وثيقة حق أو لا، وعلى اليمين بالطلاق والعتق والنذر فيما كان على وثيقة حق، ويحتمل أن يكون الضمير في **(سِوَاهَا)** عائد على اليمين بالطلاق والعتاق إذا لم يكن على وثيقة حق، وأما اليمين بالله فقد أخذنا حكمها مطلقاً فلا حاجة إلى إعادتها. وفي بعض النسخ **(سواهما)** بضمير التثنية فيجعل اليمين بالله مطلقاً قسماً واحداً، ويجعل ما كان على وثيقة حق مطلقاً قسماً واحداً، مثال اليمين التي على وثيقة حق، كما لو استُحلِف من عنده وديعة

فأنكرها وحلف ما له عنده وديعة، ونوى حاضرة معه، وكما مثل المصنف بقوله: **(مِنْ شَرْطٍ فِي نِكَاحٍ)** كما إذا عقد النكاح على أنه إن تسرى عليها فعليه التصدق بثلث ماله، ثم تسرى عليها حبشية، وقال: نويت من غير الحبش، فلا تفيده تلك النية. ونحو البيع الأكرية وسائر العقود.

وقوله: **(وَتَأْخِيرِ أَجَلٍ بِدَيْنٍ)** [٢٤٢/ ب] أي: من كان له دين على غريم فطالبه، فطلب الغريم التأخير وحلف ليقضينه إلى أجل، فاليمين على نية الطالب لا الغريم.

ثُمَّ الَّتِي عَلَى نِيَّتِهِ إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُقْضَى فِيهِ بِالْحِنْثِ مُطْلَقاً وَهُوَ الطَّلاقُ وَالْعِتْقُ دُونَ مَا سِوَاهُمَا، فَإِنْ خَالَفَ فِيهِمَا ظَاهِرُ اللَّفْظِ النِّيَّةَ وَثَمَّ مُرَافَعَةٌ أَوْ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ لَمْ تُقْبَلْ نِيَّتُهُ، فَإِنْ تَسَاوَيَا قُبِلَتْ بِيَمِينٍ ....

يعني: أن اليمين التي على نية الحالف، على ما تقدم على ضربين:

الأول: أن تكون فيما يقضى فيه بالحنث، وهو الطلاق والعتق خاصة، والكلام الآن فيه.

والثاني: مالا يقضى فيه بالحنث كاليمين بصلاة أو صيام، وسيأتي الكلام عليه.

وقوله: **(مِمَّا يُقْضَى فِيهِ بِالْحِنْثِ مُطْلَقاً)** يحتمل أن يعود على الطلاق، ويحتمل أن يعود عليه وعلى العتق، ومعناه الإطلاق في الطلاق؛ أي: سواء كان منجزاً أو معلقاً والزوجة في الملك أو قبله واحدة أو أكثر، وفي العتق سواء كان منجزاً أو معلقاً كاملاً أو مبعضاً أو آيلاً إليه كالتدبير ونحوه، إلا أنه يشترط في ذلك أن يكون في رقبة معينة، وغير المعينة لا يقضى بها كما إذا قال: إن فعلت كذا فعليَّ عتق رقبة، فإنه إذا حنث لا يقضى عليه بها.

وقوله: **(دُونَ مَا سِوَاهُمَا)** أي: من سائر القرب والعطايا كالصلاة والصوم والهبات والصدقات.

وقوله: **(فَإِنْ خَالَفَ)** يقتضي أن اللفظ ليس نصّاً في مدلوله؛ إذ لو كان كذلك ما افترق الحكم. وإذا ثبت أن اللفظ لا بد أن يكون محتملاً، فإن كانت النية موافقة لظاهر اللفظ قبلت في القضاء والفتيا، وهذا مأخوذ من كلامه بالمفهوم.

ابن المواز: وأما ما تقبل فيه النية في القضاء والفتيا فمثاله أن يحلف لزوجته بطلاق من يتزوج في حياتها، أو يكون ذلك شرطاً في أصل نكاحها، فتَبِين منه، ثم يتزوج ويقول: نويت ما كانت تحتي فيصدق، ومثل الذي يعاتب زوجته في دخول بعض قرابتها إليها، فتحلف بحرية عبدها لا دخل علي أحد من أهلي، فلما مات قالت: نويت ما كان حيّاً، فذلك لها في القضاء وإن قامت عليها بينة، وإن كانت نيته مخالفة لظاهر اللفظ كما إذا قال لامرأته - بعد أن طلقها طلاقاً رجعياً -: إن راجعتك فأنت طالق، وقال: إنما أردت رجعتها في العدة؛ لأن ظاهر لفظه أنه لا يرتجعها أبداً، فلا يقبل منه ما ادعاه من نية إذا رفع الأمر إلى الحاكم، وهو مراده بقوله: **(وَثَمَّ مُرَافَعَةٌ)** وقامت عليه بينة أو أقر بذلك. وحاصله أن الرفع لا بد منه في عدم القبول بشرط أن يكون مع ذلك أحد شيئين: إما البينة أو الإقرار لما يجب على الحكام من إجراء الأمور على ظواهرها، وسيأتي إذا لم تكن مرافعة.

خليل: والمثال الذي ذكره ابن راشد كذلك ذكره ابن المواز، وفيه نظر؛ لأن العرف عند الناس في المراجعة إنما هو في العدة فكان ينبغي أن تقبل نيته مطلقاً؛ وكأنهم أخذوا المراجعة بالمعنى اللغوي.

وقوله: **(فَإِنْ تَسَاوَيَا)** أي: أمكن أن يكون قصد باللفظ الصادر عنه ما ادعى أنه نواه، وأمكن ألا يقصد على حد سواء قبلت نيته في القضاء وأحرى في الفتيا، وهذا يتصور في تقييد المطلق أو تبيين أحد محامل المشترك. ابن راشد: ومثال الأول أن يقول: أحد عبيدي حر، ويقول: أردت فلاناً، ومثال الثاني: أن يقول: عائشة طالق، وله زوجتان اسم كل واحدة منهما عائشة. ووقع في بعض النسخ بإثر **(قبلت بيمين)**

(وهو مما تردد فيه الشيوخ)، وهو من أيمان التهم. **ابن عبد السلام**: والأقرب هنا توجيهها احتياطاً لحق الله تعالى.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ وَكَانَ احْتِمَالاً قَرِيباً قُبِلَتْ مِثْلُ: لا أَفْعَلُ كَذَا وَيُرِيدُ شَهْراً، أَوْ لا آكُلُ سَمْناً وَيُرِيدُ سَمْنَ ضَأْنٍ، أَوْ لا وَطِئْتُهَا وَيُرِيدُ بِقَدَمِي ....

هذا قسيم قوله: (**وَثَمَّ مُرَافَعَةٌ**... إلخ) لأن الإشارة بذلك إلى المرافعة مع البينة أو الإقرار؛ أي: وإن لم تكن مرافعة قبلت نيته؛ إذ لا يحتاج إلى اليمين في صحة ذلك؛ لأن النظر في توجيه الأيمان مما يختص بالحكام. قال في البيان في باب طلاق السنة: ولا خلاف في عدم اليمين هنا، والأمثلة الثلاثة التي ذكرها المصنف أعني قوله: (**لا أَفْعَلُ كَذَا وَيُرِيدُ شَهْراً، أَوْ لا آكُلُ سَمْناً وَيُرِيدُ سَمْنَ ضَأْنٍ، أَوْ لا وَطِئْتُهَا وَيُرِيدُ بِقَدَمِي**).

كذلك ذكرها ابن المواز وزاد: إذا قال لامرأته: أنت طالق أو أنت طالق ألبتة إن راجعتك، فأراد أن يتزوجها بنكاح جديد وقد خرجت من العدة، وقال: إنما نويت ما دامت في عدتها، فإن كانت على يمينه بينة لم أُدَيِّنه، وإن لم تكن عليه بينة دَيَّنته، وقيل: إنما معنى هذا إذا جاء مستفتياً بلا مخاصمة ولا مرافعة، أما إذا جاء بالمرافعة فسواء كانت على أصل يمينه بينة أو لم تكن، والإقرار كالبينة. وكذلك من قال: حليمة طالق وكانت له جارية وزوجة تسميان بذلك، وقال: نويت جاريتي، فله نيته في الفتوى. وإما في القضاء فإن قامت عليه بينة، أو حلف به على وثيقة حق فلا تنفعه نيته. وأكثر هذا في المدونة. انتهى.

وعلى هذا فقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ وَكَانَ احْتِمَالاً قَرِيباً**... إلخ) أحد شقي المسألة المتقدمة؛ أعني قوله: (**وَإِنْ خَالَفَ فِيهِمَا ظَاهِرُ اللَّفْظِ النِّيَّةَ**) لأن الجميع قد خالف [٢٤٣/ أ] فيهما ظاهر اللفظ النية، وهناك روفع إن قامت عليه بينة أو إقرار، وهنا لم يرافع وكان الأولى أن يؤخر قوله: (**وَإِنْ تَسَاوَيَا قُبِلَتْ**) لأن هذه المسألة على ثلاثة أقسام: منها ما يقبل في الفتيا دون القضاء، وهو ما خالفت النية فيه ظاهر اللفظ، ومنها ما

يقبل في الفتيا والقضاء، وهو ما إذا تساويا كما تقدم، ومنها ما لا يقبل في الفتوى ولا في القضاء وهو ما إذا قال: امرأتي طالق وأمتي حرة ويريد الميتة. وسيأتي هذا القسم الثالث من كلام المصنف.

ثم في تعبير المصنف بقوله: **(وَكَانَ احْتِمَالاً قَرِيباً)** نظر لإيهامه أنه غير الوجه الأول، فإن قلت: هل ما ذكر المصنف في قول الحالف: لا وطئتها، وقال: أردت بقدمي مخالف لما قاله في المدونة في باب الإيلاء ونصه: وإن قال: والله لا أطؤك فلما مضت أربعة أشهر وقف وقال: أردت لا أطؤها بقدمي، قيل له: إن وطئت بان صدقك وأنت في الكفارة، اعلم إن شئت فكفره وإن شئت فدع. قيل: لا مخالفة بينهما؛ لأن المصنف إنما قبل منه النية حيث لا مرافعة، وكلامه في المدونة مع المرافعة، وإنما ذكرت هذا؛ لأن ابن عبد السلام زعم أن ما ذكره المصنف في هذا المثال بعيد لرجحان لفظ الوطء عرفاً في الجماع، ثم استشهد على بعده بحكمه على ذلك في المدونة بحكم المولي، ثم في قوله: "لرجحان لفظ الوطء عرفاً في الجماع" نظر؛ لأن هذه المسائل كلها مما خالف فيها ظاهر اللفظ النية.

فرع:

قال في المدونة فيمن حلف لا يبيع عبده فأمر غيره ببيعه: أنه يحنث ولا ينوي. وقال محمد: ينوي، وفيها فيمن حلف ليضربن عبده فأمر من ضربه: بر، وإن حلف لا يضربه فأمر من ضربه حنث، إلا أن ينوي ضربه بنفسه.

اللخمي: فنواه في الضرب إذا أمر من ضربه؛ لأن من السادات من يطمّع عبده بمثل ذلك لئلا يهرب، أو غير ذلك من العذر، وإلى هذا أشار التونسي وتأول مسألة البيع على أن يمينه كانت مما يقضى عليه فيه بالحنث، فإنه قال: فإن حلف ليضربن عبده فأمر غيره بضربه بر؛ لأن الناس إنما يقصدون بهذا إيلام العبد لا أنه يضربه بيده. وإن حلف لا ضربته فأمر غيره فضربه حنث لأن القصد عدم الإيلام وقد وجد. وإن حلف لا باع ولا

اشترى، فأمر غيره ففعل، قال: يحنث، ولعله يريد إذا كانت يمينه بالطلاق وعليه بينة، وإن كان ظاهر كلامه في المدونة خلافه. انتهى. وحكى في التنبيهات عن بعضهم أنه جعل ما قاله في البيع مخالفاً لما قاله في الضرب، والأول أظهر، والله أعلم.

بِخِلافِ امْرَأَتِي طَالِقٌ، وَجَارِيَتِي حُرَّةٌ وَيُرِيدُ الْمَيْتَةَ، وَمِثْلُ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَقَالَ: أَرَدْتُ الْكَذِبَ ....

أي: فلا تقبل نيته في الحكم ولا الفتوى نص على ذلك في المدونة؛ لأنه إن أراد الإنشاء فواضح إذ الإنشاء يستدعي وجود محل الطلاق والحرية، والميتة لا تصلح لذلك، وإن أراد الخبر فهو إخبار بها لا فائدة فيه.

ابن عبد السلام: إلا أن تعرض هنالك قرينة حالية أو مقالية توجب صدقه فيصدق، كما في غير مسألة. انتهى. وأما "أنت حرام" فمحمول على الإنشاء، ولا يحتمل الإخبار إلا ببعد، وإذا كان محمولاً على الإنشاء فلا يقبل منه دعوى الكذب؛ فإنه من عوارض الخبر فقط. ونص في المدونة على مسألة "أنت حرام" في كتاب التخيير.

فِي مِثْلِ الْحَلالُ عَلَيَّ حَرَامٌ وَيُرِيدُ غَيْرَ الزَّوْجَةِ - قَوْلانِ

قد تقدمت، وكأنه إنما كررها لمناسبتها المحلين، وأما المحل المتقدم فلأنها كالاستثناء بالنية. وأما هنا فلمخالفة ظاهر اللفظ النية، وقد يفعل المصنف مثل ذلك في كتابه كما في السبي يهدم النكاح، فإنه ذكره في الجهاد والنكاح وغير ذلك من الأمثلة.

وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ فَبِسَاطُ الْيَمِينِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمَعْرُوفِ

يعني: فإن عدمت النية، ولم يضبطها الحالف، وكانت اليمين مما ينوي فيها، فإنه ينتقل إلى البساط، وهو السبب الحامل على اليمين، وليس بانتقال عن النية في الحقيقة، وإنما هو لما كان مظنة النية عدل إليه تحرياً على النية. ومقابل المعروف تقديم مقتضى اللفظ

على البساط حكاه اللخمي واعترضه ابن بشير وقال: لا ينبغي أن يختلف في تقديم البساط قال: ولا يحلف حالف معتقداً لليمين إلا وله نية وإنما يمكن أن ينساها فيكون البساط دليلاً على ما قصد وفيه نظر.

وفي المقدمات: اختلفوا إذا لم تكن له نية، وكانت ليمينه بساط، وعرف من مقاصد الناس في أيمانهم خلاف ظاهر لفظه، هل تحمل يمينه على البساط، أو ما عرف من مقاصد الناس في أيمانهم، أو على ظاهر لفظه؟ ثلاثة أقوال معلومة في المذهب والأشهر منها مراعاة البساط، ثم القصد العرفي، ثم ظاهر لفظه في اللغة؛ فإن كان محتملاً في اللغة لوجهين فأكثر فعلى أظهر محتملاته، وإن لم يكن أحدهما أظهر جرى ذلك على الاختلاف في المجتهد تتعارض عنده الأدلة، فقيل: يأخذ بما شاء، وقيل: بالأثقل، وقيل: بالأخف، ولأجل تقديم البساط قلنا فيمن حلف ألا يشرب ماءً لمن امتنَّ عليه بما يأخذ منه: أنه يحنث ولو بخيط [٢٤٣/ ب] يخيط به.

فَإِنْ فُقِدَا حُمِلَ عَلَى الْقَصْدِ الْعُرْفِيِّ، وَقِيلَ: عَلَى اللُّغَوِيِّ، وَقِيلَ: عَلَى الشَّرْعِيِّ

أي: النية والبساط والمشهور تقديم العرفي ثم اللغوي، وهذه الأقوال حكاها ابن بشير، ثم أشار إلى أنه لا ينبغي أن تحمل هذه الأقوال على الخلاف، وإنما ينبغي أن يراعى في كل حالف ما يغلب عليه، والمشهور أظهر إن جاءت الأقوال على الخلاف؛ لأن العرف غالب قصد الحالف، قال في المقدمات بعد ذكر الخلاف في تقديم البساط واللفظ: وهذا في المظنون وأما المعلوم كقوله: والله لأقودنَّ فلاناً كانقياد البعير، أو لأرينه النجوم في النهار، فهذا يعلم أن القصد به خلاف اللفظ، فيحمل على ما يعلم من قصده بلا خلاف.

فائدة:

قال القرافي وغيره: العرف المعتبر هو العرف القولي وأما العرف الفعلي فلا اعتبار به، مثال القولي: والله لا ركبت دابة والعادة أنه تطلق الدابة على الحمار. ومثال الفعلي: أن

يحلف لا آكل خبزاً، وعادته أكل خبز البر، فأنه يحنث بخبز الشعير والذرة، وإن لم يأكله قطُّ. وقال ابن عبد السلام: ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً.

فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لا يُقْضَى فِيهِ بِالْحِنْثِ فَنِيَّتُهُ إِنْ كَانَ قَرِيباً ثُمَّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ

هذا هو الضرب الثاني؛ يعني: وإن كانت اليمين بغير العتق والطلاق، فإن كانت بالله تعالى أو صيام أو صدقة قبلت منه نية الاحتمال القريب المخالف لظاهر اللفظ والمساوي، ومفهوم كلامه أنه لا يفهم منه إرادة الاحتمال البعيد، والذي ذكره التونسي قبول نيته في هذا القسم مطلقاً، فقال: إن لم يكن بساط حملت يمينه على ظاهر ألفاظ الحالف، إلا أن يدعي نية فيصدق فيما نوى فيه فيما بينه وبين الله تعالى. انتهى.

وهذا هو الظاهر لأنه إنما حمل على الظاهر فيما يقضى فيه بالحنث؛ لما يجب على الحكام من إجراء الأمور على ظواهرها، ولا نظر للقاضي هنا. وقوله: (**ثُمَّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ**) أي: فإن عدمت نظر إلى البساط ثم للقصد العرفي، ثم الشرعي.

وَإِذَا كَانَ اللَّفْظُ شَامِلاً لِلْمُتَعَدِّدِ مُحْتَمِلاً لأَقَلَّ وَلأَكْثَرَ حَنِثَ بِالأَقَلِّ، وَبِالبَعْضِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلَمْ يَبَرَّ إِلا بِالْجَمِيعِ اتِّفَاقاً، مِثْلَ: لا أَكَلْتُ رَغِيفاً، وَلا كَلَّمْتُهُ، وَلاَ جَامَعْتُكُنَّ وَلأُجَامِعُكُنَّ ....

مراده أن اللفظ إذا دل على جمع فأنه يدل على أقل الجمع ويحتمل أكثر، وليس مراده العدد؛ لأنه نص لا احتمال فيه، ومثل بمثالين ليعود الأول منهما على الأول، والثاني على الثاني.

ابن راشد: وهذه العبارة منتقدة؛ لأن لفظ الرغيف إنما يتناول المجموع وإطلاقه على البعض مجاز، بل من باب التعبير بالجزء عن الكل، وما دل حقيقة لا يقال فيه إنه محتمل لأقل أو أكثر والذي ينبغي أن يقال إذا كان اللفظ ظاهراً في الأكثر محتملاً في الأقل.

ابن عبد السلام: وقد يقال إنما يرد هذا إذا كان الاحتمال إنما يقع مع التساوي، وليس بظاهر، بل الاحتمال تارة يكون راجحاً وتارة يكون مرجوحاً، وتارة يكون مساوياً وكلام

المصنف المتقدم يوضحه. والمشهور - كما قال - أنه يحنث بالبعض، ومقابل المشهور حكاه في الكافي عن ابن لبابة أنه لا يحنث إلا بالجميع وخرجه ابن الجلاب على قوله: أنه لا يبر إلا بالكل وهو قول الشافعي، وأما في البر فذكر المصنف الاتفاق على أنه لا يبر إلا بالجميع وخرج فيه ابن الجلاب قولاً ببراءته بالبعض من الحنث بالبعض، ووُجِّه المشهور بوجوه:

أولها: أن القصد العام في الحالف على عدم الأكل التجنب، ومن فعل البعض لم يتجنب.

ثانيها: أن الحالف على عدم الأكل يجري مجرى التحريم، والتحريم يقع بأدنى سبب ألا ترى أن الأم تحرم بالعقد، وتحرم المرأة به على آباء الزوج وأبنائه، والحالف على الأكل يجري مجرى الإباحة وهي لا تحصل إلا بالنهاية إذ لا تحل المبتوتة بالعقد، وإنما تحل بالوطء. وهذا الدليل للشيخ أبي محمد، ورُدَّ بعدم اطراده فإن البنت لا تحرم بالعقد على أمها، وأجيب بأن الغالب التحريم بالأقل، فوجب الحمل عليه.

ثالثها: أنَّا اجتمعنا نحن والشافعي على أنه إذا قال: والله لا كلمت زيداً ولا عمراً ولا خالداً أنه يحنث بكلام واحد، ولا فرق بين هذا وقوله: والله لا كلمت زيداً وعمراً وخالداً، ولا تكرار حرف النفي وهو مضمر مع الواو فلا فرق بين إظهاره وإضماره، وهذا الدليل للمصنف ذكره القرافي ورد بأنا لا نسلم أن إعادة حرف النفي من باب التأكيد، بل من باب التأسيس فإنه مع حذفه يحتمل الحلف على كلامهم مجتمعاً ومفترقاً، ومع ثبوته يتناول اليمين كل واحد من الأمرين، فوجب الحنث بفعل كل واحد منهما، وهو الذي ذكره في معنى حرف النفي نص عليه السهيلي، فمن الجائز أن يذهب الشافعي ومن وافقه في عدم التحنيث بالبعض إلى هذا المذهب، قال في المقدمات فيمن حلف لا يأكل هذا الرغيف: حنث بأكل بعضه إلا إذا كانت له نية أو بساط يدل على إرادة استيعاب جميعه. ومن حلف ليأكلن هذا الرغيف لم يبر إلا بأكل جميعه إلا أن تكون له نية أو بساط يدل على إرادة البعض. انتهى.

واختلف الشيوخ هل يرتفع الخلاف إذا أتى بلفظة كل، وهي طريقة ابن بشير، أو هو باقٍ؟ وإليه ذهب الأكثر وهي الصحيحة. فإن مالكاً نص في الموازية على الحنث بالبعض فيمن حلف قال: والله لآكل [٢٤٤/ أ] هذا القرص كله، وللتحنيث بالبعض قال ابن القاسم بالحنث فيمن قال امرأته طالق إن صلى ركعتين أنه إن صلى ركعة واحدة أو أحرم ثم قطع، وكذلك يمينه: لا أصوم غداً فبيت الصيام حتى طلع الفجر، فقد حنث وإن أفطر. وكذلك قال أصبغ في الحالف لا يلبس لامرأته ثوباً فلما أدخل طوقه في عنقه عرفه فنزعه، أو حلف لا ركب دابة فلان، فأدخل رجله في الركاب واستقل عن الأرض وهمَّ أن يقعد على السرج ثم ذكر فنزع، فروى ابن وهب أنه حانث، قال: ولو ذكر حين استقل من الأرض ولم يستو عليها فلا شيء عليه لأنه لا يبر إلا بالجميع. قال في الموازية في الحالف ليقرأن القرآن اليوم أو سورة كذا فقرأ ذلك ثم ذكر أنه أسقط حرفاً: فإن علم أنه يسقط مثل ذلك فلا حنث عليه وله ما نوى، وإن جاء بها لا يعرف من الخطأ الكثير أو ترك سورة فهو حانث، وقال مالك فيمن حلف ليتزوجَنَّ على امرأته امرأة يمسكها سنة، فتزوج امرأة أمسكها أحد عشر شهراً ثم ماتت، فقال: يتزوج غيرها ويبتدئ السنة. وقال سحنون: يجزئه أن يحسبها بقية السنة.

وَالتَّمَادِي عَلَى الْفِعْلِ كَابْتِدَائِهِ فِي الْبِرِّ وَالْحِنْثِ بِحَسَبِ الْعُرْفِ، فَيَنْزِعُ الثَّوْبَ، وَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَّةِ، وَلا يَحْنَثُ فِي دَوَامِهِ فِي لا أَدْخُلُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ: إِذَا حِضْتِ أَوْ طَهُرْتِ وَهِيَ عَلَيْهِ ....

قوله: (**بِحَسَبِ الْعُرْفِ**) أي: ينظر إلى العرف؛ فإن كان دوام الفعل كابتدائه في العرف، كاللبس في الثوب والركوب في الدابة، حنث لأن الدوام كالإنشاء في العرف، ومثاله في البر لو قال: لألبسنَّ هذا الثوب أو لأركبن الدابة، فإنه يبرأ بالدوام، ولا يشترط في ذلك الدوام في كل الأوقات بل بحسب العرف فلذلك لا يحنث بالنزول ليلاً، ولا في

أوقات الضرورات ولا بنزع الثوب ليلاً، وإنما لم يحنث إذا حلف ألا يدخل هذه الدار وهو فيها بدوامه فيها؛ لأن المكث فيها لا يسمى دخولاً عرفاً، ومقابل المشهور لأشهب.

وقوله: **(وَكَذَلِكَ: إِذَا حِضْتِ أَوْ طَهُرْتِ)** مثاله لو قال: إذا حاضت فعلي صدقة دينار أو والله إذا حاضت لأدخلن الدار، فلا يلزمه ذلك بحيض هي عليه، وإنما يلزمه بحيض مستأنف، وأما لو علق الطلاق على الحيض بأن يقول إذا حضت فأنت طالق، فإنه ينجز على المشهور كما سيأتي.

وَالنِّسْيَانُ فِي الطَّلاقِ كَالْعَمْدِ عَلَى الْمَعْرُوفِ، وَخُرِّجَ الْفَرْقُ مِنْ قَوْلِهِ: إِنْ حَلَفَ بِالطَّلاقِ لَيَصُومَنَّ يَوْمَ كَذَا فَأَفْطَرَ نَاسِياً فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ ....

اليمين إن قيدت كما لو قال: والله لا أدخل الدار عمداً، أو لا أدخل الدار إلا أن أنسى، فالاتفاق على أنه لا يحنث بالنسيان، وإن أطلقت فالمعروف من المذهب الحنث بالنسيان. وذهب السيوري وابن العربي في جمع من المتأخرين إلى عدم الحنث، وخرج أيضاً من قول مالك في العتبية في الحالف بالطلاق ليصومن يوماً معيناً، فأصبح فيه صائماً، ثم أفطر فيه ناسياً أنه لا شيء عليه، فظاهره أنه لا حنث عليه، وكذلك فهمه جماعة من المتأخرين وإليه أشار بقوله: **(وَخُرِّجَ الْفَرْقُ)** أي: بين العمد والنسيان في أنه يحنث في العمد دون النسيان، ورد لعله يريد: لا قضاء عليه، وهو أحد الأقوال في النذر المعين كما تقدم.

وَلا يَتَكَرَّرُ الْحِنْثُ بِتَكَرُّرِ الْفِعْلِ مَا لَمْ يَكُنْ لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ مِثْلُ: كُلَّمَا، وَمَهْمَا، وَفِي مَتَى مَا اضْطِرَابٌ، أَوْ قَصَدَ إِلَيْهِ، أَوْ كَانَ الْقَصْدُ الْعُرْفِيُّ كَمَنْ حَلَفَ لا يَتْرُكُ الْوِتْرَ فَإِنَّهُ يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ التَّرْكِ، وَكَمَنْ قَالَ: إِنْ تَزَوَّجْتُ عَلَيْكِ فَأَمْرُكِ بِيَدِكِ ....

أي: إذا وقع الحنث بأول الفعل ثم فعل ذلك مرة ثانية لم يتكرر عليه الحنث، وهذا كقوله في المدونة: ومن حلف أن لا يكلم فلاناً عشرة أيام وكلمه فيها حنث، ثم كلمه فيها مراراً قبل أن يكفر لم يلزمه إلا كفارة واحدة. انتهى.

وقوله: **(مَا لَمْ يَكُنْ لَفْظٌ)** يعني: أنه إذا كان لفظٌ يدل على التكرار حنث بالتكرار كـ"كلما" و"مهما"، ومذهب المدونة في "متى ما" و"إذاما" و"أبداً" أنها لا تقتضي التكرار إلا أن ينوى بها معنى "كلما". وجعل ابن بشير "متى ما" مثل "كلما" وإليه أشار بقوله: **(وَفِي مَتَى مَا اضْطِرَابٌ)**.

وقوله: **(أَوْ قَصَدَ إِلَيْهِ)** معطوف على قوله: **(مَا لَمْ يَكُنْ لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ)** أي: لا يحكم فيه بالتكرار ما لم يكن لفظ يدل عليه أو قصد إليه، أو يكون مقصوده العرفي كمن عوتب في تركه الوتر فحلف إن تركه فعليه التصدق بدينار، فإنه يلزمه التصدق كلما تركه؛ لأن العرف يقتضي بهذه اليمين أن يكون الوتر له عادة.

وقوله: **(وكمن قال لزوجته)** معطوف على قوله: **(كَمَنْ حَلَفَ لا يَتْرُكُ الْوِتْرَ)** والمأخذ فيهما واحد؛ لأن قصد المرأة لا يتم إلا بذلك، وحكى في البيان في مسألة الوتر وشبهها قولين وبناهما على اختلاف الأصولين في الأمر المقيد بصفة: هل يقتضي تكراره بتكرار الصفة أم لا ؟ ابن عبد السلام: ولو قصد التكرار بما لا يقتضيه، كما لو قصده بان، فهو شبيه بما لو قصد طلاقاً باسقني الماء.

هَذَا فِي أَصْلِ الْمَذْهَبِ فِي الأَيْمَانِ وَلْنَذْكُرِ الْفُرُوعَ تَأْنِيساً عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ وَالْبِسَاطِ

يعني أن ما قدمه هو أصل المذهب وهو كافٍ لمن اقتصر عليه، ولكن قصد المصنف أن يذكر فروعاً يتأنس بها، وتستعمل تلك الأصول فيها ليظهر لك بالفعل ما كان حاصلاً بالقوة، ثم إن هذه الفروع [٢٤٤/ ب] إنما احتيج إليها إذا فقدت النية والبساط، وأما إن وجدا فالعمل عليهما، وعن سحنون: إذا لم يكن لليمين بساط فاهرب عنها.

فَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ غَرِيمَهُ غَداً فَقَضَاهُ الآنَ بَرَّ بِخِلافِ طَعَامٍ يَأْكُلُهُ غَداً وَنَحْوِهِ

هكذا قال في المدونة، زاد فيها: إذ الطعام قد يخص به اليوم، والغريم إنما القصد فيه القضاء.

اللخمي: وقد يتصور في الطعام ما يتصور في القضاء، كما لو طلب من مريض شرب دواء واستنجز منه ذلك، فوعد إلى غد فتوثق منه باليمين، ثم وجد في نفسه طلباً له، ويتصور في القضاء أيضاً ما يتصور في الطعام، وذلك إذا كان المُطْل مقصوداً في العرف.

خليل: وينبغي على القول بتقديم مراعاة اللفظ على البساط والمقصد العرفي أن يحنث هنا، والله أعلم.

وَمَنْ حَلَفَ لا يَأْكُلُ فَشَرِبَ سَوِيقاً أَوْ لَبَناً حَنِثَ بِخِلافِ الْمَاءِ.

هكذا قال ابن بشير وابن شاس وعللاه بأن القصد العرفي في التضييق على نفسه، حتى لا يدخل في بطنه طعام، واللبن والسويق من الطعام. قالا: ولو كان قصده الأكل دون الشرب لم يحنث. وفي العتبية عن ابن القاسم في الحالف لا يتعشى لا حنث عليه في السحور، وقول ابن عبد السلام في هذا الفرع والذي قبله: أن الجواب فيهما على اعتبار البساط ليس بظاهر؛ لأن الفرض كما قال المصنف عدمها.

وَمَنْ دَفَنَ مَالاً فَبَحَثَ عَلَيْهِ فَلَمْ يَجِدْهُ فَحَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ أَنَّكِ أَخَذْتِهِ، ثُمَّ وَجَدَهُ حَيْثُ دَفَنَهُ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الأَصَحِّ ....

عبر ابن عبد السلام عن الأصح بالمشهور، وعدم الحنث لمالك في الواضحة، وبه قال ابن دينار، وقال في العتبية بالحنث فيمن وضع دراهم في بيته فلم يجدها، فاتهم بها زوجته وحلف بالطلاق ما أخذها غيرك، ثم وجدها تحت مصلاه كان رفعها ونسي. وأشار اللخمي إلى أنه اختلاف.

خليل: ومنشأ الخلاف: هل يراعى المقصد العرفي فلا يحنث أو ظاهر اللفظ فيحنث؟ فإن قلت: فلم لا جعلت المنشأ: هل يراعى بساط اليمين فلا يحنث أو ظاهر اللفظ فيحنث كما فعل اللخمي وغيره؟ قلت: لأن كلام المصنف ينافيه؛ إذ فرض المسألة مع عدم النية

والبساط. وكلام ابن بشير يقتضي أن الخلاف إنما هو منصوص فيما إذا وجده تحت مصلاه، وقوله: ومن هذا القبيل أن يدفن مالاً ثم ينساه فيبحث عليه فلا يجده، ويحلف لزوجته أنكِ أخذتِهِ ثم يجده حيث دفنه، أنه لا حنث عليه. قالوا: لأن قصده أنه من يأخذه غيرها، ومقتضى اللفظ وجوب الحنث. وحكوا قولين فيمن رفع مالاً ثم نظره، فلم يجده فحلف لزوجته كالأول، ثم وجده عند مصلاه:

أحدهما: الحنث نظراً إلى مقتضى اللفظ، والفرق بين هذه والأولى: حصول التفريط في هذه.

والثاني: لا حنث عليه نظراً إلى المقاصد، وكلام المصنف يأتي على كلام اللخمي، والله أعلم.

وَمَنْ حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ عَدَداً سَمَّاهُ، فَجَمَعَ أَسْوَاطاً وَضَرَبَهُ بِهَا لَمْ يَبَرَّ عَلَى الأَصَحِّ

لأن القصد من هذه اليمين الإيلام وذلك غير حاصل. ونص مالك فيمن حلف ليضربن عبده مائة سوط، فضربه خمسين بسوط له رأسان على الحنث. اللخمي: والقياس أن يبر بمنزلة ما لو ضربه رجلان خمسين وكان ضربهما معاً. ولعل هذا مقابل الأصح، ولم أر غيره، وفي قياس اللخمي نظر؛ لأن الألم في ضرب الرجلين أكثر بخلاف السوط الذي له رأسان. واحتج له ابن بشير بقوله تعالى: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ [ص: ٤٤] وهو يتوقف على أن شرع من قبلنا شرع لنا، ولو ثبت ذلك لجاز أن يكون ذلك خاصّاً بتلك المرأة، وعلى المشهور يستأنف المائة في مسألة الجمع، ويجتزىء بخمسين في مسألة مالك في الرأسين، قاله التونسي.

وَمَنْ حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ غَرِيمَهُ إِلَى أَجَلٍ فَقَضَاهُ فَاسْتُحِقَّ بَعْدَهُ، أَوْ بَعْضُهُ، أَوْ وُجِدَ مَعِيباً أَوْ نَاقِصاً أَوْ زُيُوفاً حَنِثَ، وَهُوَ مُشْكِلٌ ....

ما ذكره المصنف هو كذلك في المدونة، ولا إشكال في الحنث إذا كان الدافع عالماً بذلك حين القضاء، وأما إن لم يعلم ففي المدونة: يحنث. قال المصنف: (**وَهُوَ مُشْكِلٌ**) لأن القصد أنه لا يماطل، وقد فعل.

اللخمي: والحنث على مراعاة الألفاظ ولا يحنث على القول الآخر؛ لأن قصده ألا يلدَّ، قيل: وإنما يحنث إذا استحق العين بعد الأجل، إذا قامت البينة على عين الدنانير والدراهم على القول بأنها تتعين، وأما على القول بأنها لا تتعين، أو لم تقم بينة فلا حنث عليه مطلقاً، أما إذا استحقت بعد الأجل فلم يأخذها المستحق، فقال ابن كنانة: لا يحنث، وقال ابن القاسم: يحنث، وقال: وكل شيء لو قام صاحبه أخذه مكانه ووفاه ساعته أنفذ.

وصرح ابن بشير بالاتفاق على الحنث إذا لم يجز المستحق وفيه نظر، فقد ذكر في البيان ثالثاً: أنه لا يحنث وإن لم يجز المستحق؛ لأن الأجل ما مضى إلا وقد قضى الغريم حقه، ودخل في ضمانه. **التونسي**: وكذلك يجري القولان لو باعه بالدين بيعاً يجب نقضه لفساد، فينقض بعد الأجل، أو رد بعيب، قال: وقد اختلف فيمن حلف ليبيعن عبده إلى أجل فباعه وانقضى الأجل فرد بعيب، فقيل: قد بر لأن الأجل قد مضى، وقد كان قبل أن يرد معيباً، وقيل: يحنث لأنه لما نقض فكأنه لم يبعه وقد فات الأجل فلا يقدر على بيعه إلا [٢٤٥/ أ] أن يرد عليه قبل مضي الأجل فيبيعه في بقية الأجل. وقيل: إن كان عالماً بالعيب حنث إن مضى الأجل، يريد لأنه لما دلس دخل على أن البيع لم يتقرر بخيار المشتري، وإن لم يدلس بر.

فرع:

قال ابن القاسم في المجموعة فيمن اشترى ثوباً على أن يدفع كل يوم قيراطاً وحلف على ذلك، ففسدت الفلوس وصارت فلسين بفلس، وكان الفلس فلساً - قال: يعطيه كما كانت؛ لأنه على ذلك حلف.

وَلَوْ قَضَاهُ عَنِ الْعَيْنِ عَرْضاً لَمْ يَحْنَثْ، وَكَرِهَهُ

الضمير في كرهه عائد على مالك، والكراهة رجع إليها مالك، ففي المدونة: ولو أعطاه قضاء من حقه عرضاً يساوي ما عليه لو بيع لبر، ثم استثقله مالك. ابن القاسم: وبأول قوليه أقول. واختلف في علة الكراهة، فقال اللخمي: لأن الظاهر في اللفظ يقتضي إعطاء العين. وقيل: خشية ألا تفي قيمة العرض به.

التونسي بعد ذكر القولين: ومثل ذلك لو أقاله وكانت سلعته التي رجعت إليه تساوي الآن ما بيعت به لأن ذلك كأخذ العرض.

تنبيه:

وهذا إذا حلف ليقضين فلاناً حقه، وأما إن حلف ليقضين فلاناً دنانيره، فهو أقوى في الكراهة نص عليه اللخمي وغيره، ونقله ابن بشير عن جماعة الأشياخ.

فَلَوْ وَهَبَهُ لَهُ حَنِثَ

لعدم حصول القضاء. **اللخمي**: وهذا على مراعاة الألفاظ، وأما على مراعاة القصد فلا يحنث؛ لأن القصد ألا يكون منه لدد، وعلى الحنث فهل يحنث بنفس قبول الهبة، وإن لم يحل الأجل، وإليه ذهب ابن حبيب وأصبغ، أو لا يحنث حتى يحل الأجل ولم يقضه الدين؟ ولو قضاه إياه بعد القبول وقبل حلول الأجل، لم يحنث، وهو ظاهر قول مالك وأشهب.

فرع:

قال ابن القاسم في العتبية في الحالف على قضاء الحق ثم شهد له عدلان بالقضاء: لا ينتفع بذلك في اليمين حتى يقضيه ثم يرد إليه، وكذلك إذا طلبه غريمه بمال عنده، وقد كان قضاه قبل اليمين فأنكر الطالب، فحلف المطلوب ليقضينه في غد، ثم ذكر الطالب أنه كان قضاه أو أبرأه قال: لا يبرأ حتى يقضيه، ثم يرد إليه. قال مالك في العتبية: ومن استسلف من أخيه دراهم، وحلف ليقضينه إلى شهر، فمات المسلف والمستسلف وارثه، فاستحسن أن يأتي الإمام فيقضيها له ثم يردها إليه، وعن ربيعة ومالك أن الوراثة كالقضاء، ذكره ابن عبدوس وكله محافظة على اللفظ وإلا فالبساط يقتضي عدم الحنث.

وَلَوْ بَاعَهُ بِهِ بَيْعاً فَاسِداً، فَإِنْ فَاتَتْ قَبْلَ الأَجَلِ وَفِيهِ وَفَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِلا حَنِثَ، وَإِنْ لَمْ تَفُتْ فَقَوْلانِ ....

أي: فاتت بما يفوت به البيع الفاسد، ولم يحنث مع الفوت إذا كانت قيمتها مساوية؛ لأن المبتاع ملكها حين الفوت ولزمته قيمتها، فتلك القيمة المساوية للدين قضاء عنه وإن لم تكن مساوية حنث؛ لكونه لم يقضه. وإليه أشار بقوله: **(وإلا حنث)** وإن لم تفت حتى مضي الأجل، فقال سحنون: يحنث، وقال أشهب وأصبغ: لا يحنث، وبه قال اللخمي إذا كانت القيمة مساوية. نظراً إلى أنه قد حصل بيده عوض حقه، ورأى سحنون أن العوضية الشرعية لم تحصل.

وَلَوْ غَابَ بَرَّ بِقَضَاءِ وَكِيلِهِ، وَإِلا فَالْحَاكِمُ، وَإِلا فَجَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ

أي: فلو غاب المحلوف على قضائه بر الحالف بإعطائه الدين لوكيل صاحبه، سواء كان وكيلاً مفوضاً أو على التقاضي. وأما وكيل الضيعة ففي المدونة: وإن قضى وكيلاً له في ضيعة ولم يوكله رب الحق بتقاضي دينه أجزأه.

عياض: ظاهره سواء كان بالبلد سلطان أو لم يكن؛ وعلى هذا الظاهر اختصرها بعضهم، واختصرها آخرون بأنه لا يبر بدفعه إليه إلا عند عدم السلطان أو الوصول إليه. وقد حكى محمد القولين جميعاً. انتهى.

وألحق أبو عمران الصديق الملاطف بوكيل الضيعة. وأشار ابن عبد السلام إلى أن كلام المصنف إنما يحمل على الوكيل المفوض أو على التقاضي، ولا يصح حمله على كل وكيل ليدخل وكيل الضيعة؛ لأن كلامه يقتضي تقديم الوكيل على الحاكم، وهو لا يصح لفظاً ولا معنًى.

أما **الأول**: فلأن وكيل الضيعة مخصوص، والاتفاق على أن الوكيل المخصوص لا يتعدى نظره القدر الذي جعل له النظر فيه، وأن حكمه فيما عدا ذلك كحكم الأجنبي؛ فإذا أطلق لفظ الوكيل حمل على الوكيل الذي جعل له ذلك إما بخصوصية كالوكيل على التقاضي، وإما بما يتناوله مع غيره كالمفوض إليه.

وأما **الثاني**: فلو كان الأمر كما ذكره لما صح الدفع إلى الحاكم إلا عند عدم وكيل الضيعة كما في الوكيلين المذكورين، ولا نعلم خلافاً أن وكيل الضيعة متأخر عن وجود الحاكم العدل، إلا ما أشار إليه بعض الأندلسيين في فهم المدونة، وفيه نظر. انتهى.

وقوله: **(وَإِلا فَالْحَاكِمُ)** أي: وإن لم يكن أحد الوكيلين أو كان وغاب، فالحاكم يريد سواء كان عدلاً أو مجهول الحال فإنه يقضيه، ويبرأ من الدين ويبر في يمينه. نص عليه محمد.

وإن كان معلوم الجور يخشى منه أكل المال، وعلم ذلك الدافع، بر في يمينه لا من الدين.

محمد: وإن لم يعلم ذلك من الإمام فلا ضمان عليه.

اللخمي: وأرى أن يضمن ولا يبر؛ لأن الدين في ذمته، [٢٤٥/ ب] وقد أخطأ على نفسه فإن تعذر الوصول إلى الحاكم العدل، أو لم يكن عدل، أو ما كان حاكم بالكلية، فجماعة المسلمين.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه يدفع الحق إليهم، والمنقول هنا عند عدم الحاكم يشهد الحالف جماعة المسلمين على إتيانه بالحق، ويعلمون اجتهاده في الطلب، فيكونون شهوداً ليتخلص من يمينه ولا يبرأ من الدين بهم؛ إنما هم كالحاكم في البر لا في البراءة. وكذلك قال مالك في الموازية وغيرها، فيما إذا لم يجدوا وكيلاً على الحق ولا سلطاناً مأموناً، ودفع لأهل الطالب أو لوكيل ضيعته أو أجنبي أنه يبرأ؛ ولكنه يضمنه حتى يصل إلى ربه. قال: وإن وجد وكيلاً بالحق أو سلطاناً مأموناً لم يبرأ بالدفع إلى غيرهما، وقاله أشهب. ولم يتكلم المصنف على الإبراء من الدين، وإنما تكلم على البر؛ لأنه أليق بكتاب الأيمان. وكلام المصنف يقتضي أنه لو أعطى لجماعة المسلمين مع وجود الحاكم لم يبر، وهو مذهب الموازية على ما تقدم. ابن المواز: وقد قيل: إنه لو دفعه إلى بعض الناس بغير عذر من السلطان وأشهد لم يحنث.

فروع:

الأول: إذا أشهد على الحق كما تقدم، ثم جاء الطالب بعد الأجل فمطله لم يحنث. نص عليه سحنون؛ لأن الزمان الذي تناولته اليمين قد انقضى ولم يحنث فيه.

الثاني: عكس هذا لو غاب الحالف أو مرض أو حبس، فقضى عنه بعض أهله، أو غيرهم من ماله أو من مال الغائب، فقال ابن الماجشون: يبر. وقال ابن القاسم: لا يبر. **اللخمي**: وهو أبين إذا تأخر عن القدوم للقضاء عمداً. ابن القاسم في العتبية: وإن قضاه وكيل الحالف بغير أمره لم يبر.

ولو جن الحالف فقضى عنه الإمام في الأجل بر، وإن لم يقض عنه حتى مضى الأجل لم يحنث عند ابن حبيب خلافاً لأصبغ.

الثالث: قال في المدونة: وإن حلف لرجل لأقضينك حقك إلى أجل إلا أن تشاء أن تؤخرني فمات الطالب، فإنه يجزئه تأخير ورثته إن كانوا كباراً، أو وصيه إن كان ولده

أصاغر ولا دين عليه. وإن كان عليه دين لم يكن لوصي أو وارث تأخير مع الغرماء، ويجزئه تأخير الغرماء إن أحاط الدين بماله على أن تبرأ ذمة الميت.

وَمَنْ حَلَفَ لا فَارَقَ غَرِيمَهُ إلا بِحَقِّهِ فَفَرَّ مِنْهُ الْغَرِيمُ حَنِثَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: إلا أَنْ يُفَرِّطَ، وَلا فَارَقْتَنِي وَفَارَقَ حَنِثَ ....

أي: إن فرط حنث اتفاقاً، وإن لم يفرط فالمشهور وهو قول ابن القاسم في المدونة: الحنث. وقال ابن المواز: لا يحنث ويحلف بالله ما هذا الذي أراد إذا أكره.

اللخمي: وجواب محمد على مقتضى اللفظ، وجواب ابن القاسم على أنه قصد التضييق عليه حتى يأخذ حقه وقد فات ذلك. انتهى. وزاد في المدونة - بعد حكمه عليه بالحنث -: إلا أن يكون قوله: لا أفارقك كالقائل: لا أتركه إلا أن يفر أو أغلب عليه، فلا شيء عليه.

ابن عبد السلام: واستحسن الشاذ لوجهين:

أولهما: أنه أجري على الأصل؛ إذ الغريم أكرهه على الفرار.

الثاني: أنه ذكر في المدونة أثر هذه المسألة إذا قال لامرأته: أنت طالق إذا قبلتك أو ضاجعتك، فقبلته أو ضاجعته من ورائه وهو نائم، لم يحنث إلا أن يكون منه استرخاء لها وفي كل منهما قد حلف على ترك الفعل وقد أكره على ذلك الفعل. وأجيب عن الأول بأن الكلام محمول على معناه، وكأنه حلف لأضيقن عليك تضييقاً يمنعك من الفرار حتى أقبض حقي، فيكون حلفه على ثبوت الفعل ما هو كذلك لا أثر للإكراه فيه على المشهور، وعلى الثاني لا نسلم أنه صدر من النائم تقبيل ألبتة. وذكر أبو عمر الإشبيلي أن الشيوخ كانوا يقيمون من مسألة الفرار من شرط لامرأته في العقد إذا غاب أكثر من ستة أشهر فأمرها بيدها، فغاب أكثر منها مكرهاً فإنها يقضى لها بالشرط، إلا أن يستثنى الإكراه. وأقام أيضاً بعضهم من قوله: إلا أن يكون... إلخ. أن الاستثناء لا تجزئ فيه النية، اللهم إلا أن تحمل المدونة على المحاشاة.

قوله: **(ولا فارقني وفارق)** أي: يحنث باتفاق كحلفه على فعل البر.

فرع:

فلو أحاله على غريم له ففي المدونة يحنث.

ابن يونس: قال بعض فقهائنا: وإذا حلف ألا يفارقه وله عليه حق فأحاله بحقه، ثم افترقا فلا حنث عليه؛ لأنه فارقه ولا حق عليه للحوالة الواقعة بينهما، قال: وهو منصوص لأهل المذهب وليس كمن حلف ألا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه. ابن يونس: والظاهر أنهما سواء؛ لأنه إذا فارقه ولا حق عليه فقد استوفى حقه.

وَمَنْ حَلَفَ لا يَتْرُكُ مِنْ حَقِّهِ شَيْئاً، فَأَقَالَ وَفِيهِ وَفَاءٌ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ أَخَّرَ الثَّمَنَ فَقَوْلانِ ....

لأنه إذا أقاله وفيه وفاء لم يترك شيئاً، وهل يكره ذلك أم لا؟ فيه ما تقدم من الخلاف، والذي رجع إليه مالك الكراهة، واختار ابن القاسم نفيها. وإن لم يكن فيه وفاء يحنث بلا خلاف قاله في البيان ابن أبي حازم. في المدونة: إلا أن يكون حلف ألا يضع له، وهو ينوى الإقالة، فإن نوى أن يقيل ولا يضع فلا شيء عليه. وقال ابن القاسم: لا [٢٤٦/ أ] تنفعه النية إلا أن يكون تكلم بها حين حلف. قال في البيان: وقول ابن القاسم صحيح لأن الاستثناء لا بد فيه من التلفظ باتفاق. وهذه المسألة من ذلك، وكأنه قال: لا أضع عنك من ثمنها شيئاً إلا أن أقيلك منها.

ابن عبد السلام: وهذا إذا كانت الإقالة بعد حلول الأجل، وأما إن كانت قبل حلوله، فقال ابن القاسم وأشهب: إن كان رأس المال مثل ثمن الطعام الذي في الذمة لم يحنث. وفسره ابن أبي زيد بأن يكون مثل قيمته يوم الإقالة.

قوله: **(فَإِنْ أَخَّرَ الثَّمَنَ فَقَوْلانِ)** اختار اللخمي نفي الحنث إذا أنظره بالثمن؛ أي: لأنه يعد حسن معاملة، لا إسقاطاً من الحق، ولأن العرف في هذه اليمين إنما يراد بها ترك

شيء من نفس الثمن. واختار ابن عبد السلام الحنث؛ لأن حقه في الدين وتعجيله، ألا ترى أن الأجل له حصة من الثمن، وهذا القوال رواه ابن وهب عن مالك. قال في البيان: ولو حلف ألا ينظره فوضع عنه لم يحنث. ولا أعلم في ذلك خلافاً.

وَمَنْ حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ فَمَاتَ، أَوْ لَيَذْبَحَنَّ حَمَامَةً فَمَاتَتْ لَمْ يَحْنَثْ إِلا أَنْ يُفَرِّطَ، فَلَوْ سُرِقَتْ أَوْ غُصِبَتْ أَوِ اسْتُحِقَّتْ فَقَوْلانِ، وَلَوْ حَلَفَ لَيَطَأَنَّهَا فَوَجَدَهَا حَائِضاً فَقَوْلانِ، وَلَوْ وَطِئَهَا فَقَوْلانِ ....

اعلم أن من حلف ليفعلن شيئاً فتعذر فعله، فإما أن يكون الفعل مؤقتاً أو لا. ابن بشير: فإن كان غير مؤقت بأجل؛ فإن فرط حتى تعذر الفعل فلا خلاف أنه حانث، وإن بادر فلم يمكنه الفعل فكما لو كان مؤقتاً. انتهى.

والمؤقت ينقسم تعذره إلى ثلاثة أقسام: إما أن يكون عقلاً أو عادة أو شرعاً. فالعقلي كتعذر ذبح الحمام المحلوف بذبحها؛ إذ الذبح في الميت يتعذر، فلا خلاف منصوص أنه لا يحنث، وخرج اللخمي قولاً بالحنث من المتعذر شرعاً. وأما العادي فكما لو حلف ليذبحن الحمامة غداً فسرقت أو غصبت أو استحقت، فذكر المصنف أيضاً قولين. ومذهب المدونة الحنث. وأما الشرعي فكما لو حلف ليطأنها الليلة فوجدها حائضاً أو ليبيعن الأمة فوجدها حاملاً، وذكر المصنف أيضاً قولين، ومذهب المدونة: الحنث. ونص سحنون في مسألة البيع على عدم الحنث.

ووقع لابن القاسم وابن دينار فيمن حلف ليطأنَّ امرأته الليلة فقام فوجدها حائضاً، إن فرط قدر ما يمكنه الوطء قبل أن تحيض حنث، وإن لم يفرط فلا شيء عليه اختاره ابن حبيب.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: وإنما فرق ابن القاسم بين الموت والسرقة والبيع؛ لأن الفعل في الميت لا يمكن ألبتة، بخلاف السرقة والبيع؛ لأن الفعل يمكن ومنع الشرع منه، والعادة لا تمنع بعض الحالفين من قصده فلا يعذر بفعل السارق ونحوه لأن من أصل ابن القاسم لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا أن ينوي ذلك.

ابن بشير: وهذا الخلاف إنما هو إذا أطلق اليمين، وأما لو نص فقال: سواء قدرت على الفعل أم لا فلا يختلف في حنثه. ولو قال: إنما أحنث إذا أمكنني فلم أفعل، فلا يختلف في نفي حنثه.

قوله: **(وَلَوْ وَطِئَهَا فَقَوْلانِ)** أي هل يبر أم لا؟ بناءً على حمل اللفظ على المفهوم اللغوي وقد وجد، أو الشرعي وهو لم يوجد، وأيضاً فهل الممنوع شرعاً كالمعدوم حسّاً أم لا؟ أما لو حلف ألا يطأها فوطأها حائضاً فنص ابن دينار على أنه يحنث، ولا ينبغي أن يختلف فيه. وحكى اللخمي وغيره في بر الحالف ليأكلن هذا الطعام فتركه حتى فسد ثم أكله قولين: الحنث لمالك من رواية ابن نافع قال: لأنه خرج عن الطعام وعدمه لابن القاسم. ابن القاسم: وإن حلف لزوجته لتأكِلِنَّ هذه البضعة فخطفتها هرة، فشقت جوفها فأكلتها، أنه لا يحنث إلا أن لا يكون بين أخذ الهرة إياها وبين يمينه قدر ما يتأتى أخذها.

وقال أشهب وابن دينار - في الحالف ليشترين لزوجته بهذا الدينار ثوباً، فخرج به لذلك فسقط منه - : فإن كان أراد الدينار بعينه فقد حنث، وإن أراد الشراء به أو بغيره فليشتر بغيره ولا يحنث.

وَلَوْ حَلَفَ لا أُعِيرُهُ فَوَهَبَهُ، أَوْ لا أَهَبُهُ فَأَعَارَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ حَنِثَ

قال في المدونة: ومن حلف لا يهب فلاناً هبة فتصدق عليه حنث، وكل هبة بغير ثواب فهي كالصدقة، وكذلك كل ما نفع به من عارِيَّة أو غيرها إلا أن تكون له نية في العارِيَّة؛ لأن أصل يمينه على المنفعة. وفي العتبية في امرأة حلفت في عبد لها لتبيعنه ولا تهبه، فأرادت أن تتصدق به على ولدها، فقال: لا يعجبني ذلك، وأرى هذا على نحو الهبة. قال في البيان: وهذا كما قال وهو بين؛ لأن الهبة تعتصر والصدقة لا تعتصر، فإذا حنث بالهبة فالصدقة أحرى أن تحنث بها، ولا تنوي في ذلك إن ادعت نية، وكانت يمينها مما يحكم به عليها. ولو حلفت ألا تتصدق به فوهبته لابنها - وهو ممن لها أن تعتصر منه - فادعت أنها إنما حلفت على الصدقة من أجل أنها لا تعتصر، لوجب أن تنوي في ذلك. انتهى.

أما إن لم يكن اعتصار فلا تنوي فيها بين الصدقة والهبة مطلقاً، وتنوي إن حلفت عليها في العارِيَّة. **ابن الماجشون**: وإن حلف ألا يصل رجلاً حنث [٢٤٦/ب] بالسلف والعارِيَّة وكل منفعة. **ابن حبيب**: وإن حلف لا أسلفه لم يحنث إن أعاره أو وصله، فقد يكره السلف للمطل إلا أن ينوي قطع منافعه عنه. وفي الموازية: الحنث فيمن حلف لا نفعه بمنافعه ثم أوصى له ورجع عنها وصح فقد حنث، ولو وجده مع رجل يشتمه فنهاه عنه فلا يحنث، فلو وجده متشبثاً به فمنعه منه حنث، ولو أثنى عليه عند من أراد مناكحته أو مبايعته لأجل ذلك حنث، وكذلك إن أثنى عليه سوءاً عند من أراد قبول حمالته فتركه إن أراد بذلك صرف الحمالة عنه ونفعه بذلك حنث، وإلا فلا حنث عليه بذلك.

وَلَوْ حَلَفَ لاَ آكُلُ لَحْماً أَوْ بَيْضاً أَوْ رُؤُوساً فَفِي حِنْثِهِ بِلَحْمِ الْحِيتَانِ وَبَيْضِهَا وَرُؤُوسِهَا قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ....

ما ذكره عن ابن القاسم هو في المدونة، قال: إلا أن تكون له نية، وقال أشهب في المجموعة: لا يحنث في اللحم والرؤوس إلا بلحم الأنعام والأربع ورؤوسها إلا أن ينوي اللحوم كلها. وفي نقل المصنف عنه في البيض قصور، فإنه قال: يحنث في كل بيض استحساناً. والقياس قصر يمينه على بيض الدجاج، واختار الحذاق قول أشهب لجريانه على العرف، واعتبر ابن القاسم عموم اللفظ، وناقضه التونسي بقوله: إذا حلف ألا يدخل عليه بيتاً لا يحنث بالمسجد.

ابن يونس: وأرى أن النية تنفعه على القول الأول، وإن كانت يمينه بطلاق وعليه بينة. وعورض قول ابن القاسم وأشهب هنا بقولهما فيمن وكل رجلاً يشترى له ثوباً فاشترى ما لا يليق بالآمر فإن ابن القاسم قال: إنه غير لازم للآمر، ورأى أشهب لزومه له، فراعى ابن القاسم العرف في الوكالة دون الأيمان، وعكس أشهب. وأجيب بأنه لا يلزم من اطِّراد العرف في وجه أو في مسألة اطِّراده في مثل ذلك لجواز جريان العرف في أحدهما دون الآخر. والقياس لا يجزئ في المسائل العرفية.

ابن الماجشون: ومن حلف لا آكل اللحم فإنه يحنث بما يأكل من الشاة من كرش أو أمعاء أو دماغ أو غيره. **ابن حبيب**: وإن حلف لا آكل خبزاً حنث بأكل الكعك، وإن حلف لا آكل كعكاً لم يحنث بأكل الخبز؛ لأن هذا أخص والأول أعم. وفي كتاب ابن المواز: وإن حلف لا يأكل غنماً حنث بالضأن والمعز؛ لأن الاسم يجمعها، فإن حلف على أحدهما لم يحنث بالآخر للاسم الأخص به، وكذلك من حلف ألا يأكل دجاجاً فأكل دجاجة أو ديكاً حنث للاسم الجامع، وإن خص أحدهما فحلف على ديك لم يحنث بالدجاجة، وكذلك على العكس. وحاصله أن من حلف على الأعم يحنث بالأخص دون العكس.

وَكَذَلِكَ لا آكُلُ خُبْزاً فَأَكَلَ نَحْوَ الإِطْرِيَةِ وَالْهَرِيسَةِ وَالْكَعْكِ

نحوه لابن شاش، وظاهره أنه يحنث بذلك عند ابن القاسم، لا عند أشهب.

ابن عبد السلام: ولم أقف لأشهب في ذلك على شيء. ونص ابن حبيب على الحنث بالخشكنان في الحالف لا آكل خبزاً.

لاَ يَأْكُلُ عَسَلاً فَأَكَلَ عَسَلَ الرُّطَبِ

قال في الجواهر: ولو حلف لا آكل عسلاً فأكل عسل الرطب، فالمنصوص لابن القاسم يحنث إلا أن تكون له نية، أجرى الشيخ أبو محمد على مذهب أشهب نفي الحنث. ويقع في بعض النسخ عوض (**الرطب**) (**القصب**)، وهو إنما يأتي في غير بلاد مصر التي فيها عسل القصب قليل كبلاد المغرب. وأما المصري فينبغي أن يحنث بعسل القصب اتفاقاً لأنه المعروف عندهم.

وَمِنْهُ لَوْ حَلَفَ لا أُكَلِّمُهُ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ فِي الصَّلاةِ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: لا خِلافَ فِيمَا يُخْرَجُ بِهِ مِنَ الصَّلاةِ ....

أي: ومن الأصل المختلف فيه فيحنث عند ابن القاسم ولا يحنث عند أشهب، والمنقول هنا عن ابن القاسم في المدونة عدم الحنث. قال فيها: لأن السلام لا يعد كلاماً.

اللخمي: ومن حلف لا أكلم فلاناً فسلم عليه حنث، وإن كانا في صلاة لم يحنث الحالف بالتسليمة الأولى كان الحالف إماماً أو مأموماً، واختلف في التسليمة الثانية، فقال مالك في المدونة: لا حنث على الحالف إذا كان مأموماً فرد على الإمام. وقال في كتاب محمد: يحنث، وقال أيضاً: إن كان الإمام الحالف فسلم تسليمتين حنث.

وقال ابن ميسر: لا يحنث. وهذا الخلاف إذا كان المأموم عن يسار الإمام وأسمعه؛ لأن ثانية الإمام يشير بها إلى اليسار، فلم يحنث بالأولى؛ لأن القصد بها الخروج من الصلاة وهو الذي يعرفه الناس في المراد بها، وحنث بالثانية على القول بمراعاة الألفاظ، ولأن السلام كلام، ولم يحنث على القول بمراعاة المقاصد. انتهى. فتحصل لنا من كلامه الاتفاق على عدم الحنث في الأولى، كما نقل المصنف عنه. وكذلك صرح في البيان بالاتفاق على عدم الحنث بالتسليمة الأولى، وأن الخلاف في الإمام والمأموم إذا سلم على يساره، والمحلوف عليه على اليسار وأسمعه.

فروع:

الأول: قال ابن المواز: وإذا تعايى الحالف فلقنه المحلوف عليه لم يحنث، وأما إذا تعايى المحلوف عليه فلقنه الحالف فقد حنث. قال في البيان: ولا خلاف في ذلك. ابن عبد السلام: وقال بعض الشيوخ: واختلف في تحنيثه.

محمد بن عبد الحكم: وإن حلف لا [٢٤٧/ أ] تكلمت فقرأ القرآن لم يحنث.

الثاني: قال في المدونة: ولو سلم الحالف على جماعة وفيهم المحلوف عليه في ليل أو نهار حنث، علم به أو لم يعلم إلا أن يحاشيه.

ابن المواز: ولو مر على المحلوف عليه وحده في ليل وهو ينوي إن كان غيره فقد حنث، ولا ينفعه ما نوى إلا أن يكونوا جماعة فيحاشيه، قال: ولو رأى بعض القوم فسلم على من رأى منهم، أو سلم عليهم فلم ير معهم المحلوف عليه، لم يحنث؛ لأنه إنما سلم على من عرف، وأما إن لم يعرفهم أو لم يعرف إلا بعضهم فسلم على الجميع ولم يحاشه فقد حنث.

• **الثالث**: لو حلف لا أكلمه فأشار إليه، ففي العتبية: لا يحنث، وقال ابن الماجشون: يحنث.

الرابع: لو حلف لا أكلمه ثم أتبع كلامه بشيء يدل على تأكيد اليمين، فهل يحنث به أم لا؟ قال ابن القاسم بالحنث فيمن قال لزوجته: إن كلمتك حتى تفعلي كذا فأنت طالق اذهبي الآن، وقال ابن كنانة وأصبغ: لا يحنث.

وقال ابن القاسم: وقضى لي فيها مالك على ابن كنانة. وناقض أصبغ قول ابن القاسم في هذه المسالة بما قاله في أخوين حلف كل منهما لا كلم الآخر حتى يبدأه الآخر، أنه ليست يمين الثاني تبدية بالكلام، وقاله ابن كنانة، وذهب سحنون وابن نافع إلى أن يمين الثاني تبدية بالكلام، وقد انحلت اليمين عن الأول، ثم يبدأ الأول فيكلم الثاني ثم يكلمه الثاني إن شاء ولا شيء عليه. وأجيب بأن قوله: فاذهبي الآن بعد قوله: لا كلمتك إنما يظهر أثره في التحنيث وهو يكون بالأقل، وأما مسألة الأخوين فإنما تظهر ثمرة كلام أحدهما للآخر في البر. ومقصود كل منهما إنما هو إظهار الاستغناء عنه مقابلاً لذلك الترفه، وهو ضد الانكسار.

وفي العتبية عن ابن القاسم فيمن حلف لآخر بالطلاق لا كلمتك حتى تبدأني فقال له الآخر: إذاً والله لا أبالي، فليس ذلك تبدية، وهو مثل قوله في مسألة الأخوين، وله أيضاً في العتبية والمجموعة: إن كلمتني حتى تقولي لي إني أحبُّكَ فأنت طالق، فقالت: عفا الله عنك نعم أنا أحبك، فقد حنث، وهذا مثل قوله في الأولى: فاذهبي الآن.

وَفِيهَا: وَلَوْ حَلَفَ لا كَسَا امْرَأَتَهُ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ وَنِيَّتُهُ أَنْ لا يَكْسُوَهَا إِيَّاهُمَا جَمِيعاً حَنِثَ بِوَاحِدٍ، وَهُوَ مُشْكِلٌ حَتَّى تَأَوَّلَ عَلَى الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ ....

تصور المسألة واضح، ووجه الإشكال بين؛ لأن حنثه مع أنه نوى خلاف ذلك والقاعدة أن النية مقدمة، ولقوة الإشكال عند المصنف قال: (**حَتَّى تَأَوَّلَ عَلَى الْجَمْعِ وَالتَّفْرِيقِ**) أي: لا يكسوها إياهما مجتمعين أو مفترقين، وهذا التأويل للشيخ أبي محمد

التونسي وغيرهما، وفيه نظر؛ لأنه خلاف ما يدعيه الحالف، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن توجيه المسألة بما تقرر أنه يحنث بالبعض؛ لأن غاية نية الجمع أن تجري مجرى التنصيص على ذلك، وغاية التنصيص عليه أن يجري مجرى التأكيد فيما إذا قال: والله لا أكلت هذا الرغيف كله، ولو قال ذلك لحنث بالبعض كما تقدم.

خليل: وفيه نظر؛ لان ذلك إنما هو مع عدم النية، والله أعلم. والأظهر أن يحمل قول مالك على ذلك إذا كانت على يمينه بينة وروفع، وأما إذا جاء مستفتياً فينبغي أن يتفق على قبول ما ادعاه.

فرع:

الحالف لا يأكل خبزاً ولا إداماً، لا يحنث بأحدهما عند أشهب لأن العادة الجمع، بخلاف ما في المدونة.

ابن حبيب: الحالف لا يأكل فاكهة يحنث برطبها ويابسها من العنب والتمر والرمان والقثاء والبطيخ والجزر والفول والحمص والجلبان، إلا أن تكون له نية خص بها نوعاً، أو بساطاً يدل على ما ذكر، وذكر ابن المواز نحو قول ابن حبيب وقال: وإذا حلف على رطبها ويابسها.

ابن يونس: وهو أجود إنما يحنث في اليابس إذا ذكره أبو محمد، وإن حلف ألا يأكل إداماً فما ثبت في معرفة الناس أنه إدام فلا يأكله، قال: ولا أرى أن الملح من الإدام، وإن كان بعض العلماء قاله وأحنثه به.

وَإِنْ حَلَفَ لَيَنْتَقِلَنَّ أُمِرَ وَلَمْ يَحْنَثْ بِالْبَقَاءِ

يعني: ولم يقيد يمينه بمدة، وأما لو قيدها بزمان ومضى لحنث. نعم هو على بر إليه، وما ذكره المصنف هو كذلك في الواضحة، وفي الموازية فيمن سكن في منزل امرأته فمنت عليه فحلف بالطلاق لينتقلنَّ ولم يؤجل أجلاً فقال: إن أقام ثلاثة أيام يطلب منزلاً فلم

يجد أرجو ألا شيء عليه. قيل: فإن أقام شهراً، قال: إن توانى في الطلب حنث وليس بخلاف لما في هذا من بساط المنة.

ابن حبيب: وإذا انتقل وأقام قدر الشهر فله أن يرجع.

ابن الماجشون: ولا أحب له أن ينتقل على نية شهر، لكن على غير توقيت، ثم إن بدا له بعد شهر رجع. ومثل قول ابن الماجشون لمالك في العتبية والموازية، ولابن القاسم: إن رجع بعد خمسة عشر يوماً لم يحنث، والشهر أحب إلي.

ابن الماجشون: وكذلك إن حلف ليخرجن فلاناً من داره فأخرجه، فله رده بعد شهر، وهذا كله إذا قصد ترهيب جاره ونحو ذلك، وأما إن كره مجاورته فلا يساكنه أبداً، وكذلك ينبغي في مسألة المنة أنه إن رجع إليه حنث [٢٤٧/ ب].

تنبيه:

وقع في بعض النسخ: (**ومن حلف لينتقلنَّ إلى أمد أُمِرَّ ولم يحنث بالبقاء**) وهو الواقع في نسخة ابن راشد، قال: وذكره الأمد في مسألة (**لَيَنْتَقِلَنَّ**) لا يستقيم مع قوله بخلاف (**لا سكَنْتُ**)، وإنما ذكر غيره المسألة بغير أمد.

خليل: وفيه نظر، والظاهر أنه لا فرق بينهما، ووقع في نسخة ابن عبد السلام الأمد أيضاً، وفسرها على وجه آخر فقال: معناه أن الحالف على أن ينتقل من منزله أو داره إلى أمد، فله أن يمكث في ذلك المكان المحلوف عليه إلى أقرب انقضاء ذلك الأجل، وإنما يحنث بانقضائه.

بِخِلافِ لا سَكَنْتُ مَا لَمْ يُبَادِرْ، وَفِي بَقَائِهِ دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ قَوْلانِ

أي: فإنه يحنث ما لم يبادر؛ لأن دوام السكنى بحسب العرف سكنى. قال في المدونة: يخرج ولو في جوف الليل إلا أن ينوي إلى الصباح، وإن تغالوا عليه في الكراء ووجد منزلاً لا يوافقه فلينتقل إليه حتى يجد سواه، فإن لم يفعل حنث، وقال أشهب: لا يحنث بإقامة دون اليوم والليلة، وأصبغ لا يحنثه حتى يزيد على اليوم والليلة.

اللخمي: وما قاله في المدونة مبني على مراعاة اللفظ، ومن راعى العادة كان له أن يمهل إلى الصباح، واستحسن الفاسي قول أشهب وأفتى به لما في المدونة من الحرج.

التونسي: وانظر إذا حلف لا يساكنه فابتدأ في النقلة، فأقام يومين أو ثلاثة ينقل قشه لكثرته، ولأنه لا يتأتى نقله في يوم واحد، فينبغي ألا شيء عليه لأنه المقصود في اليمين. وانظر لو كان له في الدار مطامير وقد أكرى الدار، هل ينقل ما في المطامير؟ وينبغي - إن كانت المطامير لا تدخل في الكراء إلا باشتراط، وأن الناس يكرون المطامير وحدها لخزن الطعام - أن لا تدخل في اليمين، وأن له تركها إذا كان قد أكرى المطامير على الانفراد، ثم سكن أو سكن ثم أكرى، إلا ألا يثق بالمطامير أن تبقى إلا بمكان سكناه، فينبغي أن ينقلها مع قشه. انتهى.

وَلَوْ أَبْقَى رَحْلَهُ حَنِثَ عَلَى الْمَشْهُورِ إِلا فِيمَا لا بَالَ لَهُ

المشهور في المدونة، قال فيها: ويرتحل بأهله وولده وجميع متاعه فإن أبقى متاعه حنث، والشاذ رواه أشهب. اللخمي: أراه تأول في ذلك قوله تعالى: ﴿ لَّيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَّكُمْ ﴾ [النور: ٢٩].

وقوله: (**إِلا فِيمَا لا بَالَ لَهُ**) أي: فلا يحنث على المشهور، كالمسامير والأوتاد، وكذلك نص عليه ابن القاسم في الموازية، زاد ابن وهب في العتبية إذا كان لا يريد الرجوع إليه، وتنازع الشيوخ: هل ابن القاسم موافق له على ذلك أم لا؟ أما لو ترك هذا اليسير ناسياً فقال ابن القاسم: لا يحنث، وحنثه ابن وهب. وفي الموازية: لابن القاسم: لو تصدق بمتاعه على صاحب المنزل أو غيره، فتركه المتصدق عليه في المنزل لم يحنث، وهو ظاهر إذا لم يطمع المتصدق بمكافأة المتصدق عليه، وأما إن طمع ففي ذلك نظر.

وَلَوْ حَلَفَ لا سَكَنَ فَخَزَنَ لَمْ يَحْنَثْ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ مِثْلَهَا

لفظ اللخمي: وكذلك إن حلف لا يسكنها فاختزن فيها حنث عند ابن القاسم ولم يحنث عند أشهب. وظاهره أن الخلاف منصوص، وحمله ابن بشير على أنه أجزاء منه، وقال: ولعل هذا لا يختلف فيه أنه لا يحنث؛ لأن الخزين إذا انفرد لا يعد سكنى. وإنما يعد ابن القاسم بقاء المتاع سكنى إذا كان تابعاً لسكنى الأهل، وإذا انفرد لم يعده سكنى. انتهى. وكأن المصنف مال إلى كلام ابن بشير والأقرب فيها عدم الحنث؛ لأنه لا يقال في العرف في المختزن بموضع أنه ساكن فيه.

فرع:

قيل: وإن حلف ليسكننها لم يبر إلا أن يسكنها بنفسه ومتاعه وعياله.

اللخمي: وأرى أن يبر وإن لم يسكن بمتاعه.

وَلَوْ حَلَفَ لا آكُلُ مِنْ هَذَا الْقَمْحِ، أَوْ مِنْ هَذَا الطَّلْعِ، أَوْ مِنْ هَذَا اللَّحْمِ فَأَكَلَ خُبْزَهُ، أَوْ بُسْرَهُ، أَوْ مَرَقَتَهُ حَنِثَ ....

عبر بعضهم عن هذا الفصل بالحلف على ترك الأصول، هل يحنث بالفضول؟ وبعضهم بالحلف على ترك الأمهات هل يحنث بالبنات؟ وكأنهم رأوا أنه لَمَّا عرَّف وأتى باسم الإشارة ومن، فإنه قصد ألا يأكل شيئاً من الأبعاض التي اشتملت عليها الماهية. وألحق في المدونة بالخبز السويق، واستحسن أشهب عدم الحنث بالبسر إذا حلف ألا يأكل من هذا الطلع لبعد البسر من الطلع في الاسم والمنفعة والطعم.

قال فيها: وإن حلف ألا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو جبنه إلا أن تكون له نية.

ولو حلف ألا يأكل من هذه الحنطة أو من هذا الطعام فلا يأكل ما اشتري بثمنها من طعام ولا ما أنبتت الحنطة إن نوى وجه المن، وإن كان لشيء في الحنطة من رداءة أو سوء

صنعة في الطعام لم يحنث بأكل ما ذكرناه. انتهى. وفهم التونسي من قوله: "إن نوى وجه المن" عدم الحنث مع عدم النية. وذكر ابن المواز في الحالف لا أكلت من هذا القمح، فزرعه وأكل ما أنبت قولين: أحدهما: لا يحنث كما لو اشترى بثمنه قمحاً فأكله، قال: إلا أن يريد التضييق على نفسه، والثاني: أنه إن كره رداءة الحب لم يحنث، وإن كره المن حنث، ونسب ابن عبدوس الأول [٢٤٨/ أ] لأشهب، والثاني لابن القاسم.

ابن ميسر: واختلف إذا حلف لا أكل من هذه الشاة فأكل من نسلها، وفي الموازية فيمن حلف لا آكل من هذه الغنم فلا بأس أن يأكل من جبنها أو سمنها، وكان القصد عنده لا آكل من لحمها، ولا فرق بين قوله: **(مِنْ هَذَا الطَّلْعِ)** وبين قوله: من طلع هذه النخلة في التحنيث بالفرع، نعم بينهما فرق من وجه آخر، وهو أنه إذا حلف لا آكل من لبن هذه الشاة دخل فيه ما استخرج منها قبل يمينه أو بعده، قاله ابن القاسم، وله كذلك في المسألة الأخرى.

وَلَوْ قَالَ: قَمْحاً أَوْ طَلْعاً أَوْ لَحماً، أَوِ الْقَمْحَ أَوِ الطَّلْعَ أَوِ اللَّحْمَ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الْمَشْهُورِ، إلا أَنْ يَقْرُبَ جِداً كَالسَّمْنِ مِنَ الزُّبْدِ فَقَوْلانِ

إنما لم يحنث لعدم "من" التي هي دالة على التبعيض، وسواء نكَّر المحلوف عليه أو أتى بـ"هذا" أو عرفه بـ"ال"، ويكون مراده تعريف الماهية أو العموم، وأما إن أراد معهوداً فينبغي أن يقبل ذلك منه إذا كانت يمينه مما لا يقضى فيها بالحنث. وجعل المصنف المسألة على وجهين: إن لم يقرب جدّاً فلا حنث على المشهور، وإن قرب جدّاً فقولان وكأنهما متساويان عنده في الشهرة، وإلا لجعلهما مسألة واحدة، وذكر ثلاثة أقوال كعادته، وتبع في حكايته الخلاف في القسم الأول اللخمي، ورأى ابن بشير تعريته من الخلاف، وأن الخلاف إنما هو الثاني.

ابن المواز: ولم يرَ ابن القاسم الحنث بالمتولد إلا في خمسة أشياء: الشحم من اللحم والنبيذ من الزبيب، والعصير من العنب، والمرق من اللحم، والخبز من القمح قال: وما سوى

ذلك لا يحنث به إلا أن يقول منه أو تكون له نية أو سبب، وسواء عَرَّفَ أو نَكَّرَ أو أتى بلفظ الإشارة، فقال: هذا اللحم. قال في الذخيرة: وقد جمعها الشاعر فقال:

أمـــراق لحـــم، وخبـــز قمـــح ... نبيـــذ تمـــر مـــع الزبيـــب
وشـــحم لحـــم وعصـــر كـــرم ... يكـــون حنثاً علـــى المصيـــب

وقد علمت أن مذهب ابن القاسم أنه ينوي في الخمسة، وقاله ابن حبيب.

وقال ابن المواز: لا ينوي المرقة إذا حلف لا آكل لحماً.

ابن رشد: يريد مع قيام البينة فيما حكم به عليه. وحكى أبو الحسن عن ابن وهب أنه يحنث بالمتولد سواء نكر أو قال هذا أو عرف، وعن ابن القاسم أنه لا يحنث بالمتولد فيهما، وعن ابن حبيب أنه إن عرَّف حنث بالمتولد لا إن نكَّر، وكذلك حكى اللخمي الأقوال الثلاثة، وعلى هذا فيتحصل في المسألة بقول ابن القاسم أربعة أقوال. وفي النكت: قال ابن حبيب: إذا حلف لا أكلت رطب هذه النخلة أو هذا الرطب، فإنه يحنث بأكل ثمره، وسواء عنده قال: من رطب هذه النخلة أو قال: رطبها، وسواء قال: من هذا الرطب أو الرطب.

عبد الحق: وهذا أقيس مما ذكره ابن المواز عن ابن القاسم فتدبره.

فَلَوْ قَالَ: هَذَا الْقَمْحَ، وَهَذَا الطَّلْعَ، وَهَذَا اللَّحْمَ حَنِثَ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: فإن عرَّف وأتى باسم الإشارة، فالمشهور الحنث بالمتولد للإشارة، والشاذ لابن المواز لتغيير الذات. ومنشأ الخلاف على هذا: هل تعتبر الإشارة أو العبارة؟ وما شهره المصنف لم أر من شهره غير ابن بشير، ذكر أنه المذهب، وفيه نظر؛ لأنه إنما هو معزو لابن حبيب. فإن قيل: فقد نص في المدونة على الحنث بالخبز فيما إذا قال: لا آكل هذا الدقيق أو هذه الحنطة وهو يدل لما قاله المصنف، قيل: هي إحدى الخمسة التي استثناها ابن القاسم، والأصل أن يكون ما قاله في المدونة والموازية متفقاً، وهو مقتضى كلام أبي الحسن فاعلمه.

وَأَمَّا الشَّحْمُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ دَاخِلٌ فِي مُسَمَّى اللَّحْمِ بِخِلافِ الْعَكْسِ

يعني: أن من حلف لا آكل لحماً يحنث بالشحم؛ لأن الشحم متولد عن اللحم، ومن حلف لا آكل شحماً لا يحنث باللحم؛ لأن اللحم ليس بمتولد عن الشحم، ولأن الله تعالى حرم لحم الخنزير فدخل الشحم وحرم على اليهود الشحم فلم يدخل اللحم. وتبرأ المصنف من هذا بقوله: (**فَالْمَذْهَبُ**) لأنهما في العرف مختلفان، والله أعلم.

وَأُحْنِثَ فِي النَّبِيذِ إِذَا حَلَفَ عَلَى الْعِنَبِ وَالزَّبِيبِ وَالتَّمْرِ لأَنَّ فِيهِ جُزْءاً مِنْهُ

يريد: سواء حلف على العنب والتمر والزبيب بلفظ التنكير أو التعريف، نص عليه ابن المواز زاد ولا يحنث بأكل الخل، واستشكل التونسي التحنيث بالنبيذ؛ لأنه قال فيمن حلف لا يأكل لبناً فأكل زبداً أو حلف ألا يأكل زبداً فأكل سمناً أو حلف ألا يأكل رطباً فأكل تمراً أو حلف ألا يأكل بسراً فأكل رطباً أنه لا شيء عليه، وفي الموازية فيمن حلف ألا يأكل قصباً فلا بأس أن يأكل عسل القصب، قال: فما الفرق بين هذا وبين من حلف ألا يأكل تمراً فشرب نبيذه؟

وَلَوْ حَلَفَ عَلَى نَوْعٍ فَأُضِيفَ إِلَى غَيْرِهِ حَتَّى اسْتُهْلِكَ كَالْخَلِّ يُطْبَخُ لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

يعني: إذا حلف على نوع ما ولم تكن له نية في كونه خالصاً أو مخلوطاً، فخلط ثم أكله، فالمشهور مذهب المدونة قال فيها: لا يحنث إلا أن يريد طعاماً بخل. ومقابله لأصبغ وسحنون وابن المواز، وهو أقرب؛ أي: لأن الخل يؤكل هكذا وقل ما يؤكل خالصاً. سحنون: ولو حلف لا آكل زعفراناً فأكل طعاماً فيه زعفران حنث؛ لأنه الوجه في أكله.

فَلَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِالسَّمْنِ ولَمْ يَجِدْ طَعْمَهُ حَنِثَ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنْ وَجَدَهُ حَنِثَ اتِّفَاقاً .....

مقابل [٢٤٨/ ب] المشهور لابن ميسر. **ابن عبد السلام**: وأشار بعضهم إلى أنه مقيد للمشهور لا خلاف. وفي الموازية قول ثالث: وإن كان سبب يمينه مضرة السمن حنث لأنه يتقي منه ما يتقى من الخالص، وإن كان قيل له: إنك تشتهي السمن ولا تصبر عنه، فحلف عند ذلك، فلا شيء عليه إن أكل سويقاً لُتَّ به.

فإن قلت: هذه المسألة تعارض مسألة الخل، قيل: الفرق أن الخل بعد طبخه لا يتحصل منه خل ألبتة، بخلاف السمن لو سكب عليه ماء لتحلل من السويق.

وَلَوْ حَلَفَ لا كَلَّمَهُ الأَيَّامَ حَنِثَ أَبَداً، وَكَذَلِكَ الشُّهُورَ عَلَى الأَصَحِّ، وَقِيلَ: سَنَةٌ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: {إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً}

إذا حلف لا أكلم فلاناً حنث متى ما كلمه طالت المدة أو قصرت، وهو مراده بقوله: (**أبداً**) وإن حلف لا أكلمه الشهور فكذلك؛ لأنه جمع محلى بـ"ال" فيفيد العموم، ومقابل الأصح ذكره اللخمي واحتج له بالآية التي ذكرها المصنف ولا حجة فيها؛ لأن المقصود من الآية: أن عدة شهور السنة عند الله اثنا عشر شهراً، ولا أزيد كما يفعله أهل الجاهلية في النسيء، والأيمان يجب الرجوع فيها إلى العرف.

اللخمي: وإن حلف لا يكلمه الأيام لم يكلمه الأبد؛ لقول الله سبحانه: ﴿ بِمَآ أَسۡلَفۡتُمۡ فِي ٱلۡأَيَّامِ ٱلۡخَالِيَةِ ﴾ وعلى القول في الحالف على المشهور تجزئه شهور السنة، تجزئ الحالف هنا أيام الجمعة السبعة. انتهى. وقيل: لا يكلمه ثلاثة أيام.

وَلَوْ حَلَفَ لَيَهْجُرَنَّهُ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: ثَلاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: شَهْراً

قوله: (**فَكَذَلِكَ**) أي: فيحنث أبداً. **ابن عبد السلام**: ولم أقف على هذا القول بعد البحث عنه، والقول بالشهر في الموازية، والقول بالثلاثة في العتبية والواضحة؛ حملاً ليمينه

على الهجران الشرعي، وأشار اللخمي إلى أنه ينظر إلى عادتها، فإن كانت عادتها كثرة التَّكالُم اكتفى بالثلاثة؛ لأنها تعد مقاطعة، وإن كانت عادتها قلة التَّكالُم لم يبرَّ بذلك، ولا بد من مدة يريان ذلك تقاطعاً.

ابن الماجشون وغيره: ولو كلمه بإثر يمينه لم يحنث، وليس عليه أن يهجره عقب يمينه، ومتى هجره بعد ذلك بر، بخلاف ما لو حلف لا كلمه فإنه إن كلمه إثر يمينه حنث.

واختلف إذا حلف ليطيلن هجرانه، فقال محمد: يهجره سنة. وقيل: شهر يجزئه.

اللخمي: وقول محمد احتياط ليس أنه لا يجزئه دون ذلك، فإن كان بينهما مصادقة فالشهر طول، وإلا فالشهر قليل.

وَلَوْ حَلَفَ لا كَلَّمَهُ أَوْ لَيَهْجُرَنَّهُ أَيَّاماً، أَوْ شُهُوراً، أَوْ سِنِينَ، فَالْمَنْصُوصُ: أَقَلُّ الْجَمْعِ، وَخَرَجَ الدَّهْرُ لأَنَّهُ الأَكْثَرُ ....

قوله: (**أَقَلُّ الْجَمْعِ**) أي: فيكلمه بعد ثلاثة أيام وثلاثة شهور وثلاثة سنين ولا حنث عليه، وعبر ابن عبد السلام عما عبر عنه المصنف بالمنصوص بالمشهور، قيل: وعلى قول من قال: إن أقل الجمع اثنان، يكفيه هنا اثنان، وأنكره في البيان وقال: لا ينبغي أن نعوِّل على هذا وإن كان هو مذهب مالك في أن الاثنين من الإخوة يحجبان الأم من الثلث إلى السدس؛ لقوله تعالى: ﴿ **فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ** ﴾ [النساء: ١١]؛ لأن الأيمان يجب حملها على العرف.

وقوله: (**وَخَرَجَ الدَّهْرُ**) أي: الأبد من قول من قال: إن اليمين إذا احتملت أقل وأكثر أنه لا يبر إلا بالأكثر، وهذا التخريج لابن بشير ورده ابن هارون بأن أيام جمع منكر فلا يمكن حمله على العموم بوجه. وسلم ابن راشد التخريج في شهور لأنه جمع كثرة، وخالف في أيام وسنين لأنهما جمع قلة، وهو العشرة فما دون، فلا يصح أن تعمر الذمة

بالأبد، واعترضه ابن عبد السلام بأن هذا إنما هو إذا كان اللفظ جمع قلة وكثرة، وأما إن لم يكن إلا واحداً منهما فالنقل أنه يقع للقليل والكثير، ثم جعله جمع قلة للعشرة مخالف للنحويين فإنهم لا يجاوزون به التسعة.

وَلَوْ قَالَ حِيناً فَالْمَنْصُوصُ سَنَةٌ، وَكَذَلِكَ دَهْراً أَوْ زَمَاناً أَوْ عَصْراً، فَإِنْ عَرَّفَ فَفِي صَيْرُورَتِهِ لِلأَبَدِ قَوْلانِ ....

المنصوص مذهب المدونة، قال فيها: ومن حلف ألا يفعل شيئاً إلى حين أو زمان أو دهر، فذلك كله سنة. وقال عنه ابن وهب: أنه شك في الدهر أن يكون سنة. وعن ابن عباس فيمن حلف ألا يكلم فلاناً حيناً أنه سنة، وتلا قوله تعالى: ﴿ تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ ﴾ [إبراهيم: ٢٥] قاله ربيعة، وقال ابن المسيب: الحين ستة أشهر من حين طلوع النخل إلى حين ترطبه، ومقابل المنصوص للَّخمي أنه يبر في الحين بأقل من السنة، وتكفيه مدة فيها طول. قال: والحين يقع على الوقت قل أو كثر. قال الله تعالى: ﴿ فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴾ [الروم: ١٧] فهذا وقت الصلاة، وقال تعالى: ﴿ هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ ﴾ [الإنسان: ١] وقال تعالى: ﴿ وَمَتَّعْنَٰهُمْ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [يونس: ٩٨]، قيل: يوم القيامة، وقد يقال: إن الآية الأولى: الحين فيها مقترن بالمساء والصباح والكلام إنما هو في الحين المطلق.

قوله: (**وَكَذَلِكَ دَهْراً أَوْ زَمَاناً أَوْ عَصْراً**) أي: فتكفيه السنة، ولم أرَ في هذه الأقوال الثلاثة تخريجاً، وقوله: (**فَإِنْ عَرَّفَ**) ينبغي أن يحمل على هذه الألفاظ الثلاثة، ولا يراد الحين؛ لأن القول بالأبد ليس إلا في الثلاثة، وهو قول الداودي، وفي الواضحة في الدهر أنه أكثر من سنة. **مطرف:** وستتان قليل ولا وَقَّتَ فيه وقتاً.

وَلَوْ حَلَفَ لا كَلَّمَهُ فَكَتَبَ [٢٤٩/أ] إِلَيْهِ، أَوْ أَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولاً فَثَالِثُهَا: يَحْنَثُ بِالْكِتَابِ لا بِالرَّسُولِ ....

تصور المسألة والأقوال ظاهر، والحنث بهما لمالك وابن القاسم في المدونة؛ لأن القصد العرفي بهذه اليمين المجانبة وهي غير حاصلة، وعدم الحنث فيهما لأشهب وابن عبد الحكم اعتباراً بظاهر اللفظ؛ إذ لا يطلق عليهما كلام إلا مجازاً.

والثالث لابن الماجشون، وذكر اللخمي أن ابن القاسم وأشهب روياه عن مالك ووجهه أن الكتاب لفظه بخلاف الرسول؛ لأنه يزيد وينقص. وعلى مذهب المدونة فهل ينوي في إرادة المشافهة إن كانت بطلاق أو عتاق؟ قال: فيهما حنث إلا أن ينوي مشافهة، ثم رجع فقال: لا ينوي في الكتاب إلا أن يرجع الكتاب قبل وصوله إليه فلا يحنث، ولمالك في الموازية: لا ينوي في الكتاب والرسول، أو على أنه ينوي فإنه يحلف على ذلك، قاله ابن يونس، وقد تبين لك من المدونة أنه إذا رجع قبل وصوله أنه لا يحنث.

محمد: وهذا آخر قوليه. التونسي: وقوله "وهذا آخر قوليه" فيه إشكال؛ لأنه لا ينبغي أن يكون في رجوع الكتاب خلاف لأنه لم يسمعه ولا رأى الكتاب.

فروع:

الأول: فإن وصل الكتاب للمحلوف عليه فقرأه بقلبه دون لسانه، فقال أشهب: لا يحنث، واحتج بأن من حلف لا يقرأ فقرأ بقلبه لم يحنث.

الثاني: قال ابن حبيب: يحنث بقراءة عنوان الكتاب وإن لم يكن له عنوان وقطعه ولم يقرأه لم يحنث، وكذلك لا يحنث إذا لم يقرأه ولو أقام عنده سنين. اللخمي: ولا وجه لهذا؛ لأنه إنما حنث بالمكاتبة، لأنها ضرب من المواصلة وذلك يقع بنفس وصول الكتاب، وإذا كان الظاهر عند اللخمي الحنث بأخذ الكتاب وأن يقرأه فلأن يكون الحنث في مسألة أشهب فيما إذا قرأه بقلبه أولى.

الثالث: لو أشار إليه فقال مالك وابن القاسم وابن حبيب وغيرهم: يحنث.

ابن حبيب: سواء كان المحلوف عليه سميعاً أو أصم، وقال ابن القاسم: لا يحنث، والأول أظهر.

الرابع: نص ابن الماجشون على أنه إذا حلف ليكلمنه لا يبر بالكتاب أو الرسول، أما لو حلف ليعلمنه أو ليخبرنه بر بالكتاب والرسول.

الخامس: لو حلف ليعلمنه أمراً فعلمه من غيره، ففي المدونة: وإن لم يعلمه حنث. وحملها على إطلاقها أبو عمران وغيره. وقال اللخمي: إنما يحنث إذا لم يعلم الحالف بعلم المحلوف عليه، وأما إن علم وبنينا على اعتبار المقاصد فلا يحنث.

السادس: لو أسرَّ إلى رجل حديثاً فحلف على كتمه، ثم أسرَّ إلى غيره فتحدَّث الحالف مع من أسرَّ إليه ثانياً، فأخبره بالسرِّ؛ فقال الحالف: ذكر لي ذلك وما ظننته ذكره لغيري، ففي المدونة يحنث.

السابع: لو كان الحالف أمر من يكتب عنه للمحلوف عليه فكتب ولم يقرأه على الحالف، ولا قرأه الحالف، ففي الواضحة: لا يحنث، قال: ولو قرأه الحالف أو قرئ عليه حنث إذا قرأه المحلوف عليه.

وَلَوْ كَلَّمَهُ فَلَمْ يَسْمَعْهُ فَقَوْلانِ، كَمَنْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ لا تَخْرُجُ إِلا بِإِذْنِهِ فَأَذِن لَهَا وَلَمْ تَسْمَعْ ....

معناه: لو كلمه بحيث يمكن سماعه عادة لولا المانع الذي لأجله لم يسمعه كالنوم والصمم، وأما لو كان بينهما مكان بعيد لا يتأتى السماع منه فلا يحنث اتفاقاً، والحنث لابن القاسم في العتبية والموازية، وعدم الحنث لأصبغ، واختلف قول ابن القاسم في تكليمه الأصم هل يحنث بسببه؟

قوله: (**كَمَنْ حَلَفَ عَلَى زَوْجَتِهِ**) المنصوص في هذه المسألة في المدونة الحنث ولا ينبغي أن يختلف فيها؛ لأن قصد الزوج ألا تعصيه في خروجها بغير إذنه، وهي إذا خرجت

ولم تسمع فقد خرجت بغير إذن، ولم أر فيها قولاً بعدم الحنث إلا في أبي الحسن؛ فإنه حكى عن مالك قولاً بعدم الحنث، قال: ويحمل قوله على هذا "إلا بإذني"؛ أي: بعد إذني.

ابن هارون: وظاهر كلام اللخمي حصول الاتفاق على الحنث: ولفظه ومن حلف على زوجته لا خرجت إلا بإذنه، فأذن لها فلم تسمع، ثم خرجت حنث، وإن قال: لا خرجت إلا أن آذن، لم يحنث قياساً على من حلف ليقضين فلاناً حقه لأجل سماه إلا أن يؤخر، فأخره ولم يعلم وانقضى الأجل، فقال مالك: عسى أن يجزئه. وقال ابن وهب: لا يحنث. فراعى اللفظ، وأرى أن يحنث؛ لأن القصد ألا يكون منه الرد وقد حصل.

وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهِ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَقْرَأْهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ قَرَأَهُ فَقَوْلانِ

لا خفاء في عدم الحنث إذا لم يقرأه، والقول بالحنث إذا قرأه لابن القاسم في الموازية؛ لأن القصد مجانبته، والقول بعدم الحنث لابن القاسم أيضاً في العتبية والمجموعة وهو لأشهب، وصوبه ابن المواز لأنه لم يكلمه، واستحسنه اللخمي. وعلى الحنث فقال ابن القاسم: وكذلك يحنث إن أمر غيره فقرأه عليه إلا أن يقرأه عليه أحد بغير أمره، قال في العتبية: وما ذلك بالبين، قال: وإذا كان الكتاب من المحلوف عليه إلى غير الحالف، فأتى فقرأه الحالف بعد أن أخبره به فلا شيء عليه.

وَلَوْ حَلَفَ لا سَاكَنَهُ وَهُمَا فِي دَارٍ فَجَعَلا بَيْنَهُمَا حَائِطاً فَشَكَّ مَالِكٌ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا يَحْنَثْ ....

المنقول عن مالك في المدونة [٢٤٩/ ب] وغيرها إنما هو: فكرهه مالك وقال: لا يعجبني. ففرق بين الشك والكراهة، وما نقله المصنف عن ابن القاسم هو في المدونة، وشرط أن يكون لكلٍّ نصيب مدخل على حدة، وقال فيها قبل ذلك: ومن حلف ألا يساكن فلاناً فسكن كل واحد منهما في مقصورة في دار، فإن كانا حين حلف هذا في دار

واحدة وكل واحد في منزل منها حنث، وإن كانا في بيت فلما حلف انتقل عنه إلى منزل في الدار يكون مدخله ومخرجه ومرفقه في حوائجه على حدة لم يحنث، ولابن القاسم في غيرها عدم الاكتفاء، وإذا فرعنا على الاكتفاء، فهل يكفي أن يكون الجدار من جريد أو لا بد أن يكون مبنياً بالحجر؟ ظاهر كلامه الاكتفاء، وكرهه ابن الماجشون، وهذا إنما هو عند الإطلاق، وأما إن كان للحالف نية أو بساط في التباعد فلا خلاف أنه لا يكفيه إلا التباعد.

وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين أن يحلف لا ساكنه في دار بعينها، وبين أن لا يعين وهو مذهب المدونة، وقيل: إن قال: لا ساكنته في هذه الدار، لم يبر ببناء الجدار، بخلاف ما إذا لم يعين. وعارض ابن الكاتب قول ابن القاسم في هذه بالاكتفاء بضرب الجدار، بما قاله فيمن حلف لا يسكن فإنه قال: ينتقل عنها في الحال، وأجاب بأن هذه محمولة على أنه خرج عنها في الحال ولم ينتقل إليها إلا بعد بناء الجدار، وأجاب ابن محرز: بأنه شرع في البناء بإثر اليمين وأن ذلك يقوم مقام الشروع في الخروج، وقد يكون بناء الجدار أسرع من الانتقال.

وفروع الحلف على ترك المساكنة كثيرة، وكلها مبنية على أنه لا يبقى على الحالة التي كان عليها، وتركناها تبعاً للمصنف.

فرع:

قال في المدونة: وإن حلف لا يساكنه فزاره فليست الزيارة سكنى، وينظر في ذلك إلى ما كانت عليه يمينه؛ فإن كان لما يدخل بين العيال والصبيان فهو أخف، وإن أراد التنحي عنه فذلك أشد.

التونسي: قوله: "أخف" يريد: ولا يحنث؛ لأن ذلك السبب ليس بموجود في الزيارة، ولو أقام عنده على هذا أياماً، وقوله: "أشد" يريد: ويحنث؛ لأنه أراد قطع مواصلته والبعد عنه، والزيارة مواصلة وقرب.

قال في البيان: واختلف إذا طال التزاور على قولين؛ قال أشهب وأصبغ: لا يحنث، وقال مالك وابن القاسم: يحنث.

واختلف في حد الطول فقيل: ما زاد على ثلاثة أيام، وقيل: هو أن يكثر الزيارة بالنهار ويبيت في غير مرض إلا أن يأتي من بلد آخر، فلا بأس أن يقيم اليوم واليومين والثلاثة على غير مرض، وهو قول ابن القاسم، ورواه عن مالك، ومثله لابن حبيب في الواضحة عن مالك وأصحابه.

وَلَوْ حَلَفَ لَيَنْتَقِلَنَّ مِنْ بَلَدٍ فَفِي الاقْتِصَارِ عَلَى نَفْيِ الْجُمُعَةِ أَوْ لا بُدَّ مِنْ مَسَافَةِ الْقَصْرِ قَوْلانِ ....

القول بأنه لا بد من مسافة القصر لمالك، والآخر استحسان لابن المواز.

وَلَوْ حَلَفَ لَيُسَافِرَنَّ فَمَسَافَةُ الْقَصْرِ، وَفِي مِقْدَارِ بَقَائِهِ فِي انْتِهَائِهِ: شَهْرٌ، وَنِصْفُهُ، وَأَقَلُّ زَمَانٍ ....

المشهور كما ذكر أنه لا بد من مسافة القصر. **ابن بشير**: وهو مقتضى اللفظ شرعاً، ولو بنى على اللغة لأجزأ أقل ما يسمى سفراً، أو على العرف لاعتبر ما يسميه أهل العرف سفراً، ثم حكى الثلاثة الأقوال التي حكاها المصنف في مقدار مقامه، ولم أر القول بالشهر في غير ابن بشير، ويمكن أن يؤخذ من قول ابن الماجشون: "إذا حلف لينتقلن" أن له أن يرجع بعد شهر، والقول بنصف شهر لابن القاسم، قال: لو رجع بعد خمسة عشر يوماً لم يحنث، والشهر أحب إليَّ، إلا أن ينوي الدوام. وقال ابن المواز: القياس أدنى زمان.

وَلَوْ حَلَفَ لا أَدْخُلُ عَلَيْهِ بَيْتاً حَنِثَ بِالْحَمَّامِ لا بِالْمَسْجِدِ

فرق ابن المواز بين الحَمَّام والمسجد، فإن الحَمَّام لا يلزمه دخوله، بخلاف المسجد فإنه لما كان يطلب الدخول فيه شرعاً فكأنه غير مراد، واختار اللخمي فيهما عدم الحنث وهو الظاهر.

فرع:

وأما اجتماعهما في الحبس فالمذهب إذا دخل الحالف طائعاً فكيفما دخل المحلوف عليه طوعاً أو كرهاً حنث لتسبب الحالف في اجتماعهما اختياراً، وإن دخل الحالف كرهاً فقال ابن الماجشون: لا يحنث واختلف في ذلك قول أصبغ، ورأى غير واحد أن هذا الخلاف إنما هو إذا أكره على حق، وأما إن كان مظلوماً فلا يحنث. وألحق ابن القاسم بهذا إذا اجتمعا تحت ظل جدار أو شجرة إن كانت يمينه بقضاء فيه، أو لسوء عشرته، ابن حبيب: كانت نيته ذلك أو لم تكن له نية، فإنه يحنث بوقوفه معه في الصحراء.

فَلَوْ دَخَلَ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ فَقَالَ مَالِكٌ: لا يُعْجِبُنِي

هذا من تتمة الفرع السابق؛ أي: إذا حلف لا أدخل عليه قال في التهذيب: وإن دخل المحلوف عليه على الحالف، فخاف عليه مالك الحنث، وقال ابن القاسم: لا يحنث إلا أن ينوي ألا يجتمع معه في بيت فيحنث.

ابن المواز: وقيل لا شيء عليه إلا أن يقيم معه بعد دخوله عليه. **ابن يونس:** قال بعض أصحابنا: وكذلك ينبغي على قول ابن القاسم أن لا يجلس بعد دخول المحلوف عليه، فإن جلس وتراخى حنث، ويصير كابتداء دخوله هو عليه.

قوله: (**فَقَالَ مَالِكٌ: لا يُعْجِبُنِي**) يريد والله أعلم: لا يعجبني للحالف أن يقيم بعد دخول [٢٥٠/ أ] المحلوف عليه.

وَلَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ مَيْتاً فَقَوْلانِ

القول بالحنث رواه أشهب عن مالك اعتباراً بظاهر لفظه، والقول بعدم الحنث لسحنون نظراً إلى المقاصد.

وَلَوْ قَالَ: لا أَدْخُلُ عَلَيْهِ بَيْتاً يَمْلِكُهُ فَدَخَلَ عَلَيْهِ مَيْتاً فَالرِّوَايَاتُ: حَنِثَ وَهُوَ مُشْكِلٌ

تصوره ظاهر، ووجه الإشكال أنه بموته قد انتقل إلى ورثته، وراعى في الروايات كونه له حق يجري مجرى الملك، وهو أنه لا يخرج منه حتى يتم غسله وتكفينه، وإليه أشار في الموازية بقوله: فدخل عليه وهو يجهز. ونقل ابن يونس هذا الفرع على صيغة تقوي إشكاله، ولفظه: قال أصبغ: وإن حلف لا أدخل بيت فلان ما عاش، أو قال: حتى يموت، فدخل بيته وهو ميت قبل أن يدفن حنث. **ابن يونس**: ويجب أن يكون على قول سحنون؛ أي: في الفرع الذي قبل هذا لا يحنث وهو في هذا أقوى من الأول؛ لأنه اشترط: ما عاش أو حتى يموت، فقد دخل بعد حلول الشرط، فكان يجب ألا يحنث باتفاق، وقول من حنثه بذلك ضعيف.

ابن الماجشون: ولو حلف لا ينفع فلاناً ما عاش، فمات فكفنه حنث؛ لأن الكفن من أمور الحياة، وهو قريب من الفرع الذي ذكره المصنف.

فرع:

إذا حلف ألا يأكل من طعام رجل فمات، فأكل الحالف قبل القسمة، فحنثه ابن القاسم في العتبية إذا كان عليه دين أو أوصى بوصية.

قال في المجموعة: وإن لم يكن الدين محيطاً قال أشهب: لا يحنث، واختاره ابن رشد.

وقال ابن سحنون: يحنث إن كان عليه دين ولا يحنث إن أوصى بوصايا. ابن الكاتب: وقولهم: يحنث إذا أوصى بوصايا. معناه عندي: إذا أوصى بمال معلوم يحتاج فيه إلى بيع مال الميت ليعطى منه الموصى له؛ لأن ذلك المال لو ضاع قبل أن يعطاه لرجع الموصى له في الثلث؛ لأنه لا يتعين كما قال فيمن أوصى أن يُشترَى عبد فلان فيعتق عنه، فيموت بعد الشراء وقبل عتقه أن عليهم أن يشتروا غيره من بقية الثلث، بخلاف عبد بعينه.

وأما إن كانت الوصية تجزأ من ماله كالثلث والربع فهنا يكون الموصى له شريكاً للورثة، وكأحدهم ساعة يموت، فلا حنث على الحالف في هذا، وهذا كله مع عدم النية، وأما إن كانت له نية فيقبل منه، أما إن لم يكن عليه دين ولا أوصى بوصايا فلا يحنث بالاتفاق.

وَلَوْ حَلَفَ لَيَتَزَوَّجَنَّ أَوْ لَيَبِيعَنَّ الأَمَةَ فَتَزَوَّجَ تَزْوِيجاً فَاسِداً، أَوْ بَاعَ فَأُلْفِيَتْ حَامِلاً فَالْمَنْصُوصُ: حَنِثَ ....

قوله: (**لَيَتَزَوَّجَنَّ**) هذه المسألة مقيدة بما إذا ضرب لذلك أجلاً، وإلا فلو لم يقيد كان له أن يتزوج أخرى ولا حنث عليه. ثم إن هذا النكاح الفاسد إن كان يمضي بالدخول ودخل فإنه يبر وإن لم يحصل البناء، أو كان مما يفسخ أبداً فالمنصوص الحنث مراعاة للشرعي.

وخرج اللخمي البر من القول بمراعاة اللفظ من أحد القولين فيمن حلف ليطأن زوجته الليلة فوجدها حائضاً ووطئها أنه يبر، وفرق بينهما بأن الحالف في مسألة الحيض على امرأة معينة، وقد علم الحالف أن لها حالين: حالاً يجوز وطؤها فيه وحالاً لا يجوز، فلما أجل يمينه دل على إرادة وطئها مطلقاً، وأما هذه المسألة فحلفه لم يكن على امرأة معينة، فيحمل نكاحه على النكاح العرفي.

فرع:

فإن تزوج عليها دنِيَّة ليست من نسائه أو كتابية، فقال مالك: لا يبر.

ابن المواز: وسهل في ذلك ابن القاسم، ورجح بعضهم قول ابن القاسم بأن عادة الناس في مثل هذا جارية بتزويج الدنِيَّة، وبأن المقصود نكاية المرأة الأولى، وهو حاصل، وأما إن تزوج غير دنية ولم يدخل بها فقال ابن القاسم: لا يبر، وكذلك لو وطئها حائضاً، وقال أشهب: بل يبر وكأنه. رأى لفظ النكاح حقيقة في العقد، ولا يبعد أن يجري في مسألة الحائض خلاف مما تقدم.

قوله: (**أَوْ لَيَبِيعَنَّ الأَمَةَ... فَأُلْفِيَتْ حَامِلاً**) تصوره واضح، ومعنى أُلفيت: وجدت.

وَنَذْرُ الطَّاعَةِ وَإِنْ كُرِهَ لازِمٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ دُونَ الْمُبَاحِ وَغَيْرِهِ

ظاهر كلامه هنا كراهة النذر مطلقاً وهو الذي يؤخذ من قوله في الصيام: (**وكره مالك نذر الصيام وغيره بشرط أو بغير**)، وكذلك قال ابن راشد: ونص مالك رحمه الله تعالى على كراهة النذر ابتداءً بشرط وبغيره. وفي كلامه على هذا الوجه نظر لمخالفته للمنقول، ونقل ابن راشد بعد نقل الباجي أن النذر المجرد لا خلاف في جوازه، ونص ابن شاش وغيره على أنه مستحب، وفي البيان: النذر على مذهب مالك ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

مستحب: وهو النذر المطلق الذي يوجبه الرجل على نفسه شكراً لله تعالى على ما كان ومضى.

وجائز: وهو النذر المقيد بشرط يأتي.

ومكروه: وهو المؤقت الذي يتكرر مع مديد الأيام فهذا كرهه في المدونة مخافة التفريط في الوفاء به.

وعلى هذا فالأظهر أن يحمل كلامه على أن نذر الطاعة قسمان: مكروه، وغير مكروه، والمكروه يلزم كغيره وتكون (أن) بمعنى (لو)؛ أي: يلزم الوفاء به ولو كان مكروهاً. وهذا وإن كان ممكناً هنا إلا أنه لا يمكن في كلامه في الصوم، ثم في كلام صاحب البيان مخالفة لكلام غيره؛ وذلك لأنه جعل المعلق على شرط آت من قبيل الجائز.

والذي ذكره الباجي وابن شاس وغيرهما أنه مكروه، وعلى هذا فالمكروه من النذر نوعان:

الأول: ما كان مكرراً كما إذا نذر صوم كل خميس ونحوه، فإنه قد يأتي به لتكراره على حال كسل فيكون إلى عدم الطاعة [٢٥٠/ ب] أقرب.

والثاني: ما كان معلقاً على حصول نعمة، أو دفع نقمة، كقوله: إن شفى الله مريضي فعلي كذا، أو أنجاني من البحر. وعلى كلام ابن رشد إنما يكره الأول من هذين النوعين فقط، وعلى هذا فكلام المصنف في الصيام ليس بظاهر، نعم يصح على تأويل اللخمي؛ وذلك لأنه وقع في المدونة في باب الصيام: كره مالك صوم يوم يوقته فظاهره كراهة نذر صوم اليوم مطلقاً. وعلى هذا الظاهر حمله اللخمي، لكن حمله ابن رشد على أنه يوم مكرر والله أعلم، واستدل على كراهة النذر المعلق بشرط بوجهين:

الأول: كونه أتى به على سبيل المعاوضة، لا على سبيل القربة المحضة.

الثاني: أنه قد يتوهم منه الجاهل أنه يمنع من حصول المقدور، ويؤيده ما في مسلم وغيره أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن النذر وقال: «**إنه لا يأتي بخير، وإنما يُستخرَج به من البخيل**»، وفي مسلم أيضاً وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**إن النذر لا يقرب من ابن آدم شيئاً لم يكن قدَّره الله له، ولكنَّ النذرَ يوافق القدرَ فيُخرِج بذلك من البخيل ما لم يكن البخيل يريد أن يخرج**».

قوله: **(وَإِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ)** هو المعروف، وحكي عن ابن القاسم قول أنه يكفي فيه كفارة يمين. ابن بشير: وما كان من لقيناه من الشيوخ يميل إليه ويعدونه من نذر المعصية، فلا يلزم الوفاء به.

ابن عبد السلام: يحتمل أن يريد ابن بشير بهذا القول ما قاله ابن عبد البر: إن العدول الثقات رووا عن ابن القاسم أنه أفتى ابنه عبد الصمد لما حلف بالمشي إلى مكة أن عليه كفارة يمين، وأفتاه بذلك حين حلف بصدقة ماله، وقال له: أفتيك بمذهب الليث، وإن عدت أفتيتك بمذهب مالك.

وقوله: **(دُونَ الْمُبَاحِ وَغَيْرِهِ)** من المكروه والمحرم، وحاصله أنه لا يلزم بالنذر من الأحكام الخمسة إلا المندوب، وقسم اللخمي نذر المعصية كصوم يوم الفطر أو النحر، أو

أن يصلي عند طلوع الشمس على ثلاثة أقسام، وإن كان الناذر عالماً بتحريم ذلك استحب له أن يأتي بطاعة من جنس ذلك؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من حلف باللات والعزى فليقل: لا إله إلا الله**». وإن كان جاهلاً بالتحريم وظن أن في صومه فضلاً عن غيره لمنعه نفسه لذتها ذلك اليوم فهذا لا يجب عليه القضاء ولا يستحب، وإن كان يظن أنه في جواز الصوم كغيره كان في القضاء قولان: قيل: لا شيء عليه والغلبة عليه كالغلبة بالمرض، وقال عبد الملك: يقضيه لأنه لم يرد خصوصية ذلك اليوم وإنما أراد صوماً.

وَمَا لا مَخْرَجَ لَهُ مِنْهُ مِثْلُ عَلَيَّ نَذْرٌ فَكَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى فِيمَا ذَكَرَ مِنِ اسْتِثْنَاءٍ وَكَفَّارَةٍ وَلَغْوٍ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ: عَلَيَّ نَذْرٌ إِنْ لَمْ أُعْتِقْ رَقَبَةً خُيِّرَ فِيهِمَا

قد تقدم أن النذر الذي لا مخرج له فيه كفارة يمين، ولا فرق بين نذر بالتنكير والنذر بالتعريف، وبين أن يضم إليه لفظ آخر يقتضي تأكيده إلا أنه لم يفسر مخرجه كما لابن القاسم في العتبية في القائل: علي نذر، لا كفارة له إلا الوفاء به، وبين أن يخرج بعض القرب كما في الموازية في القائل: علي نذر لا يكفره صيام ولا صدقة.

وقوله: (**مِنِ اسْتِثْنَاءٍ**) أي: بمشيئة الله، وتصوره واضح. وقوله: (**وَلِذَلِكَ**... إلخ) أي: ليس سبب التخيير ما أشار إليه المصنف من أن النذر المبهم كاليمين بالله؛ بل سببه كون الشيء الذي علق عليه النذر مأذوناً فيه، ولذلك يدور التخيير مع الإذن وجوداً وعدماً، فلو قال: علي نذر إن لم أدخل الدار، خير، وإن قال: علي نذر إن لم أقتل زيداً أو أشرب الخمر، منع من القتل والشرب، ولم يحصل التخيير نعم لو تجرأ وفعل تلك المعصية سقطت الكفارة عنه، وهكذا قال ابن عبد السلام.

تنبيه:

لكنه قال: إن تجرأ وفعل تلك المعصية فقال أهل المذهب: تلزمه كفارة يمين.

خليل: ولا أراه إلا وهماً. ففي الجلاب: ولو ألزم نفسه طاعة بعد معصية لزمته الطاعة ولم يجز له فعل المعصية، فإن فعل المعصية سقط عنه ما علقه بها من الطاعة، مثال ذلك: إن لله علي صدقة دينار إن لم أشرب الخمر، فيلزمه التصدق بالدينار والكف عن الخمر، فإن شرب الخمر سقطت عنه الصدقة ولزمه الحد، وفي الرسالة نحوه.

وذكر المصنف في الطلاق نحوه فقال: **(وإن كان محرماً مثل: إن لم أقتل زيداً نُجِّز، إلا أن يتحقق قبل التنجيز على المشهور)** فإن قلت: هل يصح كلام ابن عبد السلام على الشاذ؟ قيل: قد أنكر هو وجوده، نعم قد يخرج ما قاله على أحد القولين في أن المعدوم شرعاً هل هو كالمعدوم حسّاً كما قيل فيمن حلف ليطأنها فوطئها حائضاً.

وَمَنْ نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى مَكَّةَ أَوْ بَيْتِ اللَّهِ أَوِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَوِ الْكَعْبَةِ أَوِ الْحَجَرِ أَوِ الرُّكْنِ لَزِمَهُ ذَلِكَ بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ ....

قال في المدونة: ومن قال: علي المشي إلى مكة أو بيت الله الحرام أو المسجد الحرام أو الكعبة أو الحجر أو الركن لزمه. وأما غير ذلك كعرفة ونحوها فلا.

عياض: مذهبه في المسألة إلزامه اليمين إن قال: بيت الله أو الكعبة أو المسجد الحرام أو مكة، أو ذكر شيئاً من أجزاء البيت فقط دون ما عدا ذلك، إلا أن ينوي حجّاً أو عمرة، ولا يلزمه فيما هو داخل المسجد الحرام، ولا داخل مكة ولا خارجها، وهو تأويل أبي محمد وجمهور الشيوخ، وهو مقتضى ما في كتاب [٢٥١/ أ] ابن حبيب عنه أنه لا يلزمه في زمزم والحطيم والحجر، وقد سلم له أبو محمد قوله في زمزم، ولم يسلم له ذلك في الحجر والحطيم لاتصالهما بالبيت، ويحتج لهذا بما في المدونة: ومن قال: أنا أضرب بمالي أو بشيء منه في حطيم الكعبة أو الركن، فعليه حجة أو عمرة ولا شيء عليه في ماله، فقد سوى بين الركن والحطيم؛ لكن قد يتناول ما قاله ابن حبيب على وفق الكتاب في أن من الحجر والحطيم ما ليس من البيت، فكأنه جعل غاية مشية إلى أوله كقوله: إلى الحرم.

وذهب ابن لبابة إلى أن مذهبه في الكتاب اللزوم متى ذكر شيئاً مما في المسجد الحرام، بخلاف ما كان خارج المسجد واحتج بمسألة الحطيم. وحكى ابن لبابة عن بعضهم تأويلاً ثالثاً على المدونة، وأن الحجر والركن كالصفا والمروة لا يلزمه فيه شيء قال: والتبس عليه لفظ الكتاب.

عياض: وكذلك أقول أنه قد التبس على ابن لبابة أيضاً، والصواب القول الأولى. انتهى. اللخمي: وقال أصبغ: يلزمه بكل ما سمى مما هو داخل مكة كالصفا والمروة وأبى قبيس وقعيقعان، وقال ابن حبيب: يلزمه إذا سمى الحرم وما هو فيه ولا يلزمه ما هو خارج عنه ما عدا عرفات.

وقوله: (**بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ**) نحوه في المدونة، ورأى اللخمي أن التخيير إنما هو في حق المدني ونحوه ممن جرت عادته أن يأتي إلى مكة للحج والعمرة، وأما من بعد كأهل المغرب فإنما يمشي في حج لأن أكثرهم لا يعرف العمرة ومن يعرفها لا يقصدها بسفر، وأشار غيره إلى أن التخيير إنما هو في حق غير الضرورة، وأما الضرورة فيجعل مشيه في عمرة ثم يحج ليجمع بين حجة الإسلام ونذره، وهذا يأتي على أن الحج على الفور، وفي الجواهر: إذا كان الحالف من أهل الأقطار البعيدة، فهل يتعين عليه الحج، أو يتخير بينه وبين العمرة؟ قولان للمتأخرين.

فرع:

فإن نذر المشي وهو بمكة فإن كان في المسجد فليخرج إلى الحل ويحرم بعمرة حتى يطوف ويسعى بين الصفا والمروة؛ إذ لا بد أن يكون ليمينه معنًى، وإن كان خارجاً عن المسجد فقال ابن القاسم: يخرج كالأول، وقال مالك: يمشي من موضعه إلى البيت في غير حج ولا عمرة.

وَلا يَلْزَمُهُ نَذْرُ الْحَفَاء

لأن الحفاء لا طاعة فيه. **ابن الجلاب**: وينتعل ويستحب له أن يهدي، ونحوه في المدونة ونصه: في القائل: أنا أحمل فلاناً إلى بيت الله، إن أراد تعب نفسه وحمله على عنقه يحج ماشياً ويهدي، واختلف الشيوخ هل الهدي على الاستحباب كما في الحفاء، وإليه ذهب ابن يونس، أو على الوجوب؟ ويخرج فيها الاستحباب من الحفاء، وكذلك العكس وهو قول غيره.

وَفِيهَا: وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ سَوَاءٌ، وَاسْتَدْرَكَهُ بَعْضُ الأَئِمَّةِ بِسُقُوطِهِ عَنِ الْقَادِرَةِ فِي الْفَرِيضَةِ، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ مَنْ مَشْيُهَا عَوْرَةٌ وَغَيْرِهَا ....

قوله: (**سَوَاءٌ**) أي: في لزوم المشي في حق الناذر. وأصل الاستدراك لابن الكاتب وتبعه عليه جماعة، وإليه أشار بقوله: (**واستدركه الأئمة**) أي: أئمة المذهب، ثم بيَّن الوجه الذي استدرك بقوله: (**بِسُقُوطِهِ**) أي: أن ابن الكاتب عارض قوله في هذه المسألة بقوله: إن الحج لا يجب على القادرة على المشي إذا لم تكن لها راحلة، وإذا لم يجب المشي في حجة الفريضة التي هي إحدى دعائم الإسلام مع تأكيدها لما يحصل حينئذٍ من الفتنة، فلأن تمنع من المشي في النذر من باب أولى.

قوله: (**وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ**) هو ابن محرز، ولا ينبغي أن يعد خلافاً؛ بل هو تقييد للمدونة، ولابن المواز قريب منه، قال: إذا كانت المرأة شابة وكان مشي مثلها عورة وكشفاً رأيت أن تمشي الأميال محتجزة عن الناس، ثم تركب وتهدي. قال: ولو لم تكن كذلك وقدرت على مشي جميع الطريق ثم عجزت، وكانت إن عادت وفت بجميع المشي عادت، وقد تقدم في أول باب الحج ما يجاب به عن هذا الإشكال.

فرع:

وللزوج منع زوجته إذا نذرت المشي كما يمنعها في التطوع؛ لأنها متعدية عليه.

فَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ الْمَسِيرُ أَوِ الرُّكُوبُ أَوِ الذَّهَابُ أَوِ الْمُضِيُّ إِلَى مَكَّةَ فَفِي لَغْوِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: الرُّكُوبُ خَاصَّةً كَالْمَشْيِ

زاد في المدونة أو الإتيان أو الانطلاق، وقوله: (**وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: الرُّكُوبُ خَاصَّةً كَالْمَشْيِ**) هو أيضاً في المدونة، وكذلك قول أشهب فيها وما ذكره من أن قول ابن القاسم اختلف في الركوب خاصة موافق لما في البرادعي.

عياض: واختصرها حمديس على أنه اختلف قوله في جميع الألفاظ وعليه تأولها ابن لبابة، وقد حكى القولين عنه ابن حارث. وقد روى سحنون ومحمد بن رشد عنه مثل قول أشهب، والإلزام في جميعها، وبيان ذلك في المدونة أيضاً من مسألة: أنا أضرب بهالي رتاج الكعبة وإلزامه الحج والعمرة، ولم يشترط في ذلك نية، فإنه لا فرق بينها وبين قوله: أسير إليها وأذهب إليها، وحمل المسألة سائر المختصرين على أن الخلاف في الركوب وحده وتردد أبو عمران [٢٥١/ ب] في تأويلها، وذكر بعضهم أن أشهب اختلف قوله كابن القاسم، وهذا الخلاف إنما هو عند عدم النية، وأما إذا نوى بهذه الألفاظ حجّاً أو عمرة فإنه يلزمه ما نواه باتفاقهما، وفرق على قول ابن القاسم الأول بين المشي وغيره؛ لأن العرف إنما جرى بلفظ المشي، ولأنه قد جاءت فيه السنة. وأخذ ابن المواز وسحنون واللخمي بقول أشهب، ورأى ابن يونس أن ما قاله ابن القاسم من عدم إلزامه المشي في المسير والذهاب إنما هو إذا قال: إلى مكة، وأما لو قال: علي أن أسير، أو أذهب إلى الكعبة، لا ينبغي أن يلزمه إتيانها إن شاء ماشياً أو راكباً، دليله من قال: أنا أضرب بهالي حطيم الكعبة أنه يلزمه عند ابن القاسم أن يحج أو يعتمر، كقوله: علي أن آتي المسجد الحرام أن ذلك يلزمه؛ لأنه قد قصد الإتيان إلى البيت.

فرع:

وإذا ألزمناه الركوب، فحكى ابن المواز عن أشهب أنه لا يجوز له المشي؛ لأنه يخفف عن نفسه مؤونة، وقال اللخمي: لا يجزئه الركوب إذا كان قصده نفقة ماله، وإن كان

قصده الوصول إلى مكة فقط أجزأه. **ابن عبد السلام**: وهو صحيح لا يخالف فيه أشهب، ورأى جماعة من الشيوخ أن معنى قول أشهب: لا يجوز؛ أي: لا يفعل ذلك ابتداءً، وإن وقع ذلك لم يفده، ثم اختلفوا إن وقع، فقيل: يخرج نفقة ركوبه في هدايا، وقيل: يدفع ذلك لمن ينفقه في الحج بحسب ما كان ينفقه هو.

وَيَلْزَمُهُ مِنْ حَيْثُ نَوَى، وَإِلا فَمِنْ حَيْثُ حَلَفَ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ حَالِفاً وَهُوَ عَلَى بَرٍّ مَشَى مِنْ حَيْثُ حَنِثَ ....

النذر إما معلق أو لا، وعلى كلٍّ فإما أن يكون له نية أو لا، فإن كانت عمل عليها في القسمين باتفاق وأحرى إذا سمى، وإن لم تكن فإن لم يكن معلقاً فمن حيث نذر باتفاق، وإطلاق المصنف قوله: (**مِنْ حَيْثُ حَلَفَ**) يشمل هذه الصورة ويكون ما ذكره بعد ذلك خاصّاً بالمعلق، وحاصل ما ذكر فيه ثلاثة أقوال: المشهور يلزمه من حيث حلف، والتفرقة منسوبة للتونسي، والثالث ذكره ابن بشير، ولو قال المصنف: ثالثها، لكان أجرى على قاعدته، والمشهور أظهر؛ لأن الإنسان إنما يلتزم ما هو معلوم عنده.

فرع:

فلو كان على المشهور حين الحنث بمكان غير الذي حلف منه، ففي اللخمي: إن كان مثله في المسافة مشى منه؛ لأن القصد التقرب بمثل تلك الخطى، ولا مزيَّة في ذلك للأراضي، وإن كان أقرب بالمشي اليسير فقيل: لا يجزئه، وقال أبو الفرج: يهدي هدياً ويجزئه، وإن بعد ما بين الموضعين لم يجزئه، إلا أن يكون ممن لا يستطيع المشي في جميع الطريق، فيمشي من موضعه ويهدي، وقاله أصبغ. انتهى بمعناه. وعلى القول بعدم الإجزاء يحتاج أن يرجع إلى موضع الحلف وهو الأصل. وقال أصبغ: إنما يرجع إلى موضع الخلف إن كان قريباً ليس فيه مشقة، وإلا مشى من موضع الحنث وأهدى، فقال: وهذا إن كان يقدر على جميع المنذور؛ يعني: وإن كان لا يقدر فلا معنى لرجوعه، ويذهب إلى مكة

من الموضع الذي هو فيه، ونقل ابن يونس عن ابن المواز أنه قال:إن حنث بغير البلد الذي حلف فيه، وكان لا يقدر على المشي منه فليرجع إليه فيمشي ما قدر، ثم يركب ويهدي.

وَفِي جَوَازِ رُكُوبِ الْبَحْرِ الْمُعْتَادِ أَوْ تَخْصِيصِهِ بِمَوْضِعِ الاضْطِرَارِ قَوْلانِ

كمن حلف وهو بصقلية، فهل له أن يركب البحر إلى الإسكندرية ثم يمشي لأن تلك عاداتهم، وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن، أو لا يركب من البحر إلا ما يوصله إلى سوسة أو ما قاربها من إفريقية ثم يمشي إلى مكة، وإليه ذهب أبو عمران؟

ابن يونس: وهو الأقرب. **ابن بشير**: والخلاف إنما هو مع فقد النية، وأما مع وجودها فيرجع إلى نيته وهما على الخلاف في حمل مقتضى الألفاظ على الفوائد، أو على مقتضى اللغة.

خليل: ومثل هذا المثال: من حلف وهو بقوص ونحوها، فالمعتاد الركوب في البحر، والاضطرار أن يدور من مصر.

فرع:

قال مالك في الموازية: وله أن يأخذ طريقاً أقصر. الباجي: ومعناه: إذا كانت كلها معتادة، يريد: وليس له أن يمشي في غير المعتاد.

ابن بشير: لو نذر أن يمشي من المدينة إلى مكة على الشام أو العراق لم يلزمه ذلك، ولم ينبغِ له، ولو أراد أن يخلف في طريقه إلى المسجد لتكثر خطاه لما جاء في ذلك من الثواب لكان مخطئاً. انتهى.

وَلا يَتَعَيَّنُ مَوْضِعٌ مَخْصُوصٌ بِالْبَلَدِ إِلا بِقَصْدٍ أَوْ عَادَةٍ

أي: إذا نذر المشي من بلد فلا يتعين عليه أن يمشى من موضع خاص منه إلا أن ينويه، أو تكون عادة الناس جارية بالمشي منه، وكذلك قال عبد الملك.

وَمُنْتَهَاهُ فِي الْعُمْرَةِ السَّعْيُ لا الْحَلْقُ، وَفِي الْحَجِّ طَوَافُ الإِفَاضَةِ لا رُجُوعُهُ، وَقِيلَ: مُنْتَهَاهُ الْجِمَارُ، وَصَوَّبَ اللَّخْمِيُّ وُصُولَ مَكَّةَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَزِمَ لأَنَّ الْعَادَةَ الْتِزَامُ أَحَدِ الأَمْرَيْنِ، أَوْ لأَنَّهَا لا تُدْخَلُ إِلا بِهِ ....

لما تكلم على مبتدأ المشي تكلم على منتهاه، وجعل منتهاه [٢٥٢/أ] في العمرة السعي، وفي الحج طواف الإفاضة، ولم يراعِ الحلق في العمرة لأنه ليس بركن، وحكى ابن بشير الاتفاق عليه. **خليل**: وانظر هل يلزمه المشي حتى يحلق على من رأى أن الحلق فيها ركن. وما ذكره المصنف من أن منتهاه في الحج طواف الإفاضة هو مذهب المدونة قال فيها: وله أن يركب في رجوعه من مكة إلى منى وفي رمي الجمار بمنى، وإن أخر طواف الإفاضة فلا يركب في رمي الجمار.

فرع:

نص في المدونة على أن له أن يركب في المناهل وفي الطريق لحاجة نسيها. ولمالك قول آخر: أنه لا يركب في ذلك، وأنه إن ركب فيستحب له أن يهدي، وأخذ ابن القاسم بالأول، ولم يحمل أبو عمران هذا على الخلاف وحمله على الاستحباب، واستضعفه صاحب التنبيهات، وزاد في الأم بعد قوله: أنه إن لم يقض فلا يركب في رمي الجمار، وعن ابن القاسم أنه قال: ولا أرى به بأساً.

عياض: واختلف الشيوخ في تأويل قول ابن القاسم: ولا أرى به بأساً، هل يرجع إلى المسألة الأولى، وهو قول مالك: لا يركب في رمي الجمار، ويكون خلافاً، وإليه أشار اللخمي، أو يعود على الركوب في حوائجه، وهو تأويل أبي محمد، ويكون وفاقاً لقول مالك؟

قوله: **(وَقِيلَ: مُنْتَهَاهُ الْجِمَارُ)** أي: ولو طاف طواف الإفاضة، وهذا القول حكاه ابن حبيب عن أصحاب مالك. وحكى اللخمي عن بعض أهل العلم خارج المذهب أنه يركب في جميع المناسك، قال: هو الأصل لأن الناذر إنما قال: علي المشي إلى مكة، فجعل

مكة غاية مشيه، فلا يلزمه أكثر من ذلك. انتهى. وهذا يظهر أن في قول المصنف: (**وَصَوَّبَ**) تبعاً لابن بشير نظر؛ لأن التصويب إنما يقال حيث يقطع المصوب بالحكم، واللخمي إنما أومأ إلى الترجيح.

وقوله: (**بِنَاءً... إلخ**) إن قلنا: إن ناذر المشي قد التزم أحد النسكين عرفاً فكأنه نوى المشي في أحد النسكين، وإن قلنا: إن ناذره لم يلتزم أحد النسكين، وإنما لزمه أحدهما؛ لأجل أن مكة لا تدخل إلا به لم يلزمه المشي فيهما لكونهما ليسا منذورين. فقوله: (**الْتِزَامُ أَحَدِ الأَمْرَيْنِ**) تعليل للأولين، وإنما يبقى النظر هل يلزمه إلى تمام الأركان، أو إلى تمام العبادة كلها؟

وقوله: (**أَوْ لأَنَّهَا لا تُدْخَلُ إِلا بِهِ**) تعليل لما صوبه اللخمي.

وَلَوْ ذَكَرَ مَوْضِعاً مِنَ الْحَرَمِ فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِنَ الْمَشَاعِرِ كَعَرَفَةَ لَزِمَهُ بِنَاءً عَلَيْهِمَا ....

تقدم أن المشهور عدم اللزوم، والقول باللزوم على ما ذكره المصنف. ابن عبد السلام: لا أعرفه، وكأنه تبع فيه ابن بشير، وأظنه قصد إلى قول أصبغ فغير فيه لفظة القرية بلفظة الحرم؛ لأنه قال: يلزمه كل ما هو داخل القرية والصفا والمروة والحطيم والأبطح والحجون وأبي قبيس وقعيقعان وأجياد، ولا يلزمه ما هو خارج عن قرية مكة.

خليل: والظاهر أن مراد المصنف وابن بشير بهذا القول قول ابن حبيب وهو أنه يلزمه إذا سمى الحرم أو ما هو فيه، ولا يلزمه ما هو خارج منه ما عدا عرفات، والقول الثالث لأشهب.

وقوله: (**بِنَاءً عَلَيْهِمَا**) أي: فابن القاسم رأى أن العادة لم تقض بالتزام أحد النسكين إلا إذا ذكر البيت أو ما يشتمل عليه. ورأى ابن حبيب وأصبغ كون العادة أن الحرم أو

مكة لا يدخل إلا بأحد الأمرين ونيته تقتضي المشي إلى مكة، أو إلى شعيرة من شعائرها فيلزمه المشي، والقول الثالث خارج عن فرض المسألة؛ لأن عرفة ليست من الحرم، ووجهه غير خفي.

وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ الْمَشْيُ وَلَمْ يَقْصِدْ شَيْئاً فَفِيهَا: لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَأَلْزَمَهُ أَشْهَبُ مَكَّةَ

إنما لم يلزمه في المدونة شيء لكون المشي بمفرده ليس بقربة، ولأن هروبه من التعيين دليل على عدم الالتزام، ورأى أشهب أن هذا إذا صدر فُهِم منه عرفاً التزام المشي إلى مكة، ولعله إنما نسب المسألة للمدونة لإشكالها؛ لكونه لم يحمل لفظه على العرف.

وَإِذَا لَمْ يَمْشِ عَلَى الْمُعْتَادِ بِطُولِ الْمُقَامِ فِي أَثْنَائِهِ فَإِنْ كَانَ لِضَرُورَةٍ أَجْزَأَهُ، وَإِنْ كَانَ مُخْتَاراً فَفِي إِجْزَاءِ ذَلِكَ الْمَشْيِ قَوْلانِ ..

حاصله أنه إن مشى على العادة أجزأه، ولا تضره الإقامة المعتادة كالركب المغربي يقيم بمصر شهراً أو نحوه ليأتي إبان الخروج، وكالإقامة بالعقبة ونحوها، وهذا يفهم من قوله: (**وَإِذَا لَمْ يَمْشِ عَلَى الْمُعْتَادِ**) يعني: وأما لو مشى على المعتاد أجزأه، ثم فصل في الذي لم يمش على المعتاد فقال: إن كان لضرورة أو عدم رفقة أجزأه المشي اتفاقاً، وإن لم يكن لضرورة فقولان، وهما روايتان بالإجزاء في الموازية، وعدمه في الواضحة.

ابن حبيب: وهو بمنزلة من عليه صوم شهرين متتابعين. ورأى اللخمي أن الإجزاء هو الجاري على قول مالك وابن القاسم في المدونة فيمن نذر صوم سنة أن له أن يأتي بها غير متتابعة. وصوبه ابن راشد؛ لأن يمينه إنما تضمنت المشي، والتتابع أمر زائد فلا يصار إليه إلا بدليل. وقال ابن عبد السلام: والظاهر عدم الإجزاء لأن عرف الناس في السير التوالي، وأشار إلى أن تخريج اللخمي ظاهر، لولا ما ذكرناه من العادة.

فَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً فَفَاتَهُ أَثِمَ، [٢٥٢/ب] وَعَلَيْهِ قَضَاؤُهُ عَلَى الْمَعْرُوفِ

أي: فإن كان العام الذي نذر فيه الحج معيناً فلم يخرج أو خرج وأقام في الطريق مختاراً حتى فاته الحج، ويبين أن مراد المصنف: أقام اختياراً قوله: (**أَثِمَ**).

ابن بشير وابن شاش: وأصل المذهب وجوب القضاء، وكلاهما يقتضي أنه لا نص فيهما، وكلام المصنف يقتضي وجود النص، وأن فيها قولاً آخر بعدم القضاء، وكأنهما أشارا بأصل المذهب إلى مسألة من نذر صوم يوم بعينه وأفطر فيه متعمداً مختاراً فإنه يقضي.

خليل: وقد تقدم في الصوم إذا نذر صوم يوم معين ثم أفطر فيه لعذر أربعة أقوال، المشهور: نفي القضاء، وثالثها: يقضي في النسيان دون المرض والحيض، ورابعها: يقضي إن لم يكن لليوم فضيلة، فانظر هل تأتي هنا؟ ويأتي الرابع هنا بأن تكون الوقفة جمعة، أو يفرق بشدة الحج وخفة الصوم، أو لحصول العذر في مسألة الصوم دون هذه، والله أعلم.

وَإِذَا رَكِبَ لِعَجْزٍ فَإِنْ كَانَ يَسِيراً اغْتُفِرَ وَعَلَيْهِ دَمٌ، ثُمَّ إِنْ قَدَرَ مَشَى، وَإِلا اسْتَمَرَّ إِلا أَنْ يَخْرُجَ إِلَى عَرَفَةَ وَيَشْهَدَ الْمَنَاسِكَ وَالإِفَاضَةَ رَاكِباً، فَإِنَّهُ كَالْكَثِيرِ ....

الناذر للمشي يلزمه مشي الجميع، فإن عجز ركب، فإن كان ما ركبه يسيراً لم يؤمر بالرجوع للحرج ويسارة المتروك، ولزمه هدي؛ لنقصه ذلك المشي.

قوله: (**ثُمَّ إِنْ قَدَرَ**) يعني: إذا زال عذره بعد الركوب اليسير عاد إلى المشي، وإن لم يزل استمر، ثم ينظر فيما ركبه، هل هو يسير أو كثير؟ ثم استثنى من اغتفار اليسير أن يكون ركوبه من حين خروجه إلى عرفة حتى يفرغ من طواف الإفاضة، فإنه وإن كان يسيراً فهو ملحق بالكثير، ونحوه في المدونة؛ لأن هذه الأفعال هي المقصودة، فصارت لذلك كالكثير. ووقع في رواية الأندلسيين للمدونة بإثر الحكم على أن المشي في المناسك كالكثير، وأنه يرجع لمالك: أفترى عليه أن يهدي؟ قال: أحب ذلك من غير أن أوجبه عليه. ولم يذكر هذه الرواية مختصرو القرويين كحمديس وابن أبي زيد.

عياض: والرواية صحيحة معناها في العتبية وكتاب محمد: فإن قلت: إذا كان كالكثير فلم لا أوجب الهدي لتفرقة المشي كما في سائر صور الكثير؟ فالجواب: إنما جعله هنا مستحباً لاختلاف العلماء؛ لأن منهم من لا يرى المشي إلا إلى مكة فقط، والله أعلم.

وَقَالُوا: مَا دُونَ الْيَوْمِ يَسِيرٌ، وَما فَوْقَ الْيَوْمَيْنِ كَثِيرٌ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا قَوْلانِ، وَالْحَقُّ: أَنَّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الْمَسَافَةِ ....

تصوره واضح، وحكى بعضهم أنه يرجع في ركوبه أقل من اليوم، وقال بعضهم: اليوم والليلة قليل، على ما في المدونة والعتبية قرب المكان أو بعد، وعليه الهدي. وروى ابن وهب: ولا هدي عليه.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَسِيراً رَجَعَ فَيَمْشِي مَا رَكِبَ، وَقِيلَ: إِلا أَنْ يَكُونَ مَوْضِعُهُ بَعِيداً جِداً فَلا يَرْجِعُ فَإِنْ عَجَزَ ثَانِياً لَمْ يَرْجِعْ ....

أي: فإن كان ركوبه كثيراً رجع؛ لأن المشي في ذمته فلا يخرج عن عهدته إلا بالإتيان به، وظاهره أنه يرجع ويمشي أماكن ركوبه، سواء كان ركوبه في أول مراتب الكثرة أم لا.

الباجي: ورواه ابن المواز عن مالك في الذي يركب عقبة ويمشي أخرى أنه يرجع فيبتدئ المشي كله. وفي الواضحة عن مالك: يرجع فيمشي ما ركب من غير تفصيل. انتهى. وهذا هو ظاهر المدونة لقوله: وعرف أماكن ركوبه من الأرض ثم يعود ثانية فيمشي أماكن ركوبه، ولا يجزئه أن يمشي عدد أيام ركوبه؛ إذ قد يركب موضعاً ركب فيه أولاً.

خليل: وقد يقال ما في الموازية ليس بخلاف وإنما أمره مالك بمشي الطريق كله؛ لأنه لا يتحقق بطريق العادة ضبط مواضع مشيه من ركوبه، لا سيما إذا كان الموضع بعيداً جدّاً. وحمل اللخمي ما في الموازية على أنه كان قادراً على الصبر على الركوب في موضع ركوبه، قال: وأما إذا كانت تلك قدرته فلا يكلف مشي غير ما ركب. وعن ابن الماجشون في الذي ركب جل الطريق أن يرجع فيمشي الطريق كله.

قوله: (**وَقِيلَ: إِلا أَنْ يَكُونَ مَوْضِعُهُ بَعِيداً جِداً فَلا يَرْجِعُ**) حاصله أن من ركب كثيراً إن كان موضعه قريباً كالمدينة ونحوها رجع ثانياً باتفاق، وإن كان بعيداً فالمشهور الرجوع، وقيل: لا يرجع. وظاهر كلامه أن الخلاف موجود في البعد مطلقاً. وفي اللخمي والبيان: واختلف إذا كان بعيداً مثل مصر ونحوها. وظاهر المذهب الرجوع.

ابن عبد السلام: والقول بعدم الرجوع لمالك في كتاب ابن مزين، وأما إن كان بعيداً كإفريقية والأندلس فلا يختلف في عدم رجوعه. ابن رشد: لأن رجوعه ثانية من إفريقية أشق من رجوعه ثالثة من المدينة؛ أي: والرجوع ثالثة ساقط باتفاق كما أشار إليه المصنف بقوله: (**فَإِنْ عَجَزَ ثَانِياً لَمْ يَرْجِعْ**). واستحسن اللخمي وغيره ما في كتاب ابن مزين، وهو الذي تميل إليه النفس؛ إذ المشي في نفسه ليس بعبادة، وإنما وسيلة، والمقصد الحج أو العمرة وقد أتى به، والقاعدة أن الوسيلة تبع [٢٥٣/ أ] فإذا أتى بالمقصد فلا اعتبار بالتبع، وعلى هذا كيف يؤمر بالرجوع؟ وأيضا فإنا إنما ألزمنا الناذر المشي إما لأن نذره اقتضى التزام أحدهما، وإما لأن نذره اقتضى دخول مكة، وهو لا يدخلها إلا بأحد النسكين، وعلى كل تقدير فقد أتى بما التزمه.

تنبيهات:

الأول:

إنما يؤمر بالرجوع من كان حين اليمين يظن أنه يمشي جميع الطريق وعجز، وأما لو علم من نفسه أنه لا يطيق ذلك، إما لكبر أو لضعف جسم، أو نوى أنه لا يمشي إلا ما يطيقه ولو كان شاباً فلا شيء عليه ولا هدي ولا رجوع، وفي المدونة: ولو علم حين أول خروجه أنه لا يقدر أن يمشي كل الطريق في ترداده إلى مكة مرتين، أو كان شيخاً زَمِناً، أو امرأة ضعيفة، أو مريضاً آيساً من البرء، فلا بد أن يخرج أول مرة ولو كان راكباً، ويمشي ولو نصف ميل، ثم يركب بعد ذلك ويهدي.

والثاني: حيث قلنا يرجع فالمراد إنما يرجع في حج أو عمرة وليس المراد أن يمشي في حال رجوعه من سفره باتفاق.

الثالث: إنما يرجع إذا ظن أنه يقدر في الثانية على تمام المشي، وأما لو علم أنه لا يقدر ثانياً على تمام المشي فإنه يقعد ويهدي قاله في المدونة. ابن المواز: ويجزئه هدي واحد.

فَإِنْ رَكِبَ مُخْتَاراً فَفِي كَوْنِهِ كَالْعَاجِزِ قَوْلانِ

القول بأنه كالعاجز لابن المواز. ومعنى كالعاجز أنه يفرق بين أن يكون يسيراً فلا يرجع، وبين أن يكون كثيراً فيرجع، الآخر لابن حبيب حكاه عن بعض أصحاب مالك، وعليه فيرجع في اليسير والكثير، وأشار إلى أنه كمن فرق بين صيام التتابع مختاراً، بخلاف ما إذا كان ركوبه لعجز. ورد بأنه لو كان ركوبه كالصيام لزم أن يتعين العام الثاني للقضاء في حق العاجز، كما يتعين في زمان الصحة في حق من قطع صيام التتابع لمرض، ولا نعلم من يقوله.

ابن يونس: وقول ابن حبيب خلاف ظاهر المدونة، فلا فرق على مذهب المدونة بين من ركب لعذر أو لغيره.

وَلَهُ جَعْلُ مَشْيِهِ الثَّانِي فِي غَيْرِ مَا كَانَ الأَوَّلُ مِنْ حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ إِذَا كَانَ نَذْرُهُ مُبْهَماً

يعني: إذا نذر مشياً مبهماً، ولم يقل في حج ولا عمرة، فله أن يجعله في حج أو عمرة، فإذا عجز وأمر بالرجوع فله أن يجعل مشيه الثاني في غير مكان الأول من حج أو عمرة وهذا مذهب المدونة، ولم يجز له سحنون أن يجعل مشيه الثاني في عمرة إذا كان الأول في حج. وعلى المشهور فقال ابن الماجشون: إنما يكون له ذلك حيث يكون ركوبه في الحج في غير المناسك، وأما إن عجز في خروجه لعرفة وطواف الإفاضة لم يكن له أن يجعل الثاني في عمرة؛ يريد: لأن المشي فيهما واجب، ولا يكون إلا في حج، وتأول ابن أبي زيد وصاحب النكت المدونة عليه، وتأولها بعضهم على أن له أن يجعل مشيه الثاني في غير ما

كان الأول وإن كان قد مشى في مناسك حجه أولاً. وقال اللخمي: قول عبد الملك يصح على مذهب ابن القاسم في مسألة الفوات يعني التي ذكرها المصنف بعد، وليس ذلك على مذهب مالك فيها.

أَمَّا لَوْ فَاتَهُ الْحَجُّ جَعَلَهُ فِي عُمْرَةٍ وَقَضَى رَاكِباً وَيُهْدِي لِفَوَاتِهِ، وَقِيلَ: يَمْشِي الْمَنَاسِكَ

أي: فإن أحرم بالحج في النذر المبهم ففاته فإنه يتحلل بعمرة ويمشي فيها إلى تمام السعي وينقضي نذره، ثم يحتاج إلى أن يقضي الحج على حكم الفوات، وله الركوب فيه إلى أن يصل إلى مكة، ثم هل له أن يخرج للمناسك راكباً وهو مذهب المدونة؛ لأن النذر قد انقضى وهذا إنما هو للفوات، أو لا يجوز له الركوب ويلزمه المشي في المناسك؛ لأنه لما أحرم أولاً بالحج فكأنه التزم المشي في المناسك؟ ونسبه ابن يونس لابن القاسم وسحنون، قال: وهو أصح.

وَأَمَّا لَوْ أَفْسَدَهُ بِالْوَطْءِ أَتَمَّهُ، وَقَضَى مَاشِياً مِنَ الْمِيقَاتِ، وَعَلَيْهِ هَدْيُ الْفَسَادِ وَهَدْيُ تَبْعِيضِ الْمَشْيِ ....

يعني: فلو كان الإفساد عوض الفوات لزمه إتمامه كما في سائر صور الفساد، ولم يصرح هل يتمادى ماشياً أو راكباً؟ ابن هارون: والأقرب أنه لا يلزمه المشي؛ لأن إتمامه ليس من النذر في شيء، وإنما هو لإتمام الحج، ثم إذا قضى الحجة لم يلزمه المشي فيما قبل الميقات؛ لأنه قد مشاه أولاً والفساد لم يتسلط إلا على ما بعد الإحرام، وينبغي على هذا لو أحرم أولاً قبل الميقات أن يخرج منه ثانياً ويمشي منه ليصح له المشي الذي فسد في الأول، ولا إشكال أن عليه هَدْيَين؛ أحدهما للفساد، والثاني لتفريق المشي.

وَلَوْ مَشَى الرَّاجِعُ الْجَمِيعَ لَمْ يَسْقُطِ الْهَدْيُ عَلَى الأَصَحِّ

مقابل الأصح قول ابن المواز، والأصح للمتأخرين وقالوا: كيف يسقط الهدي المقدر في ذمته بمشي غير واجب.

ابن بشير: ومثلوه بمن صلى صلاة سها فيها، فوجب عليه سجود السهو فأعادها ثانياً، أن السجود يتقرر في ذمته. وفرق بعضهم بأن المصلي أخطأ في الإعادة وإنما تقررت في ذمته سجدتا السهو، فإذا أعادها أتى بما لم يؤمر به فلم تسقط الإعادة ما تقرر في ذمته، وفي الحج هو مأمور بالعودة فإذا أعاد واستكمل المشي فقد استوفى [٢٥٣/ ب] ما في ذمته من المشي في عودة مأمور بها، ففارق مسألة الصلاة.

ومن نظرائها إذا أحرم بالحج بعد أن سعى للعمرة وقبل أن يحلق لها، وحكمنا بالتزام الدم بسبب تأخير الحلاق، ولو تعدى فحلق فهل يسقط عنه دم تأخير الحلاق أم لا؟ ونظير ذلك: إذا قام من اثنتين واستقل قائماً ثم رجع إلى الجلوس، هل يسقط عنه السجود القبلي لأنه زاد أو نقص أم لا؟ وإذا تعدى الميقات ثم أحرم ورجع هل يسقط عنه دم التجاوز؟ المنصوص فيها عدم السقوط وخرَّج بعضهم السقوط من مسألة الصلاة والتعدي بالحلق.

وَلَوْ نَوَى الْحَجَّ لَمْ تُجْزِهِ الْعُمْرَةُ، وَكَذَلِكَ الْعَكْسُ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا قسيم قوله: **(وله جعل مشيه الثاني في غير ما كان الأول من حج أو عمرة، إذا كان نذره مبهماً)** أي: وإن كان نذره معيناً، إما باللفظ وإما بالنية، فإن عين أولاً الحج لم يجزه أن يرجع ثانياً في عمرة باتفاق؛ لعدم استلزام الحج للعمرة، واختلف إذا عين أولاً العمرة هل له أن يجعل مشية الثاني في حج؟ مذهب المدونة لا؛ لتغايرهما، ومقابل المشهور لابن حبيب؛ لأن الحج مشتمل على العمرة وزيادة.

واعلم أن لهذه المسألة صورتين:

الأولى: إذا عجز ثم رجع، كما ذكرنا، وقد ذكر في المدونة المسألة على هذا الوجه، وكذلك ذكرها ابن يونس، وحكى قول ابن حبيب.

والثانية: هل له ذلك ابتداءً أو لا؟ وكذلك ذكرها ابن بشير وذكر أن المشهور: لا ينتقل عما نواه، وأن الشاذ: له أن ينتقل عن العمرة إلى الحج. وذكر اللخمي قول ابن حبيب بالإجزاء في الوجهين في الابتداء وفي العجز، والأظهر حمل كلامه على العجز؛ لأنه قسيم كلامه الأول ليوافق فرض المدونة، وقد يقال: بل الأظهر أن يحمل كلام المصنف على مجموع الصورتين ليكون أعم فائدة.

وَلِمَنْ جَعَلَهُ لِعُمْرَةٍ أَنْ يُنْشِئَ الْحَجَّ إِذَا أَكْمَلَهَا، وَيَكُونَ مُتَمَتِّعاً بِشُرُوطِهِ

ولمن جعل مشيه في عمرة إما لأنه عين ذلك ابتداءً أو اختار ذلك في النذر المبهم أن ينشئ الحج إذا فرغ من عمرته ويكون متمتعاً، يجب عليه دم التمتع بالشروط المتقدمة في كتاب الحج، وهذا في غير الضرورة، وأما الضرورة فيبقى الأمر فيه على الخلاف في الحج هل هو على الفور أم لا؟ فإن قلنا على الفور وجب عليه الإحرام بالحج، وإلا فلا.

أَمَّا لَوْ حَجَّ نَاوِياً نَذْرَهُ وَفَرِيضَتَهُ مُفْرِداً أَوْ قَارِناً فَأَرْبَعَةٌ: لا يُجْزِئُهُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، والْمَشْهُورُ: يُجْزِئُهُ عَنِ النَّذْرِ، وَيُجْزِئُهُ عَنِ الْفَرْضِ، وَيُجْزِئُهُ عَنْهُمَا مَا لَمْ يَكُنِ النَّذْرُ بِالْحَجِّ مُعَيَّناً ....

هذه المسألة لها صورتان كما سبق وجمعها لاتفاق حكمها:

الأولى: أن يحج مفرداً ينوي بتلك الحجة فرضه ونذره.

والثانية: أن يحج قارناً ينوي العمرة للنذر والحج للفرض، وذكر اللخمي فيهما أربعة أقوال:

الأول: لا يجزئ عن واحد منهما فيهما، ونسبه اللخمي لمالك.

الثاني: وهو المشهور، وهو مذهب المدونة: أنه يجزئ عن النذر في الصورتين، قال في المدونة: وعليه قضاء الفريضة قابلاً.

الثالث: عكسه للمغيرة: يجزئ عن الفريضة فقط. عبد الملك: وبه أقول.

والرابع: لابن المواز فسر به كلام ابن القاسم في المدونة: إن كان نذره مبهماً بأن قال: علي المشي، ولم يقل في حج أو عمرة أجزأه عن حجه ونذره وعليهما يعود الضمير من قوله: (**عَنْهُمَا**)، وإن كان نذره بالحج معيناً، ولم يجزه عن واحد منهما ووقع في بعض النسخ: (**ويجزئ عنهما**) وليست صحيحة لعدم مطابقتها للنقل.

اللخمي: وأرى إذا قرن أن يجزئ عن حجة الإسلام وعن نذره، قياساً على من أتى بحجة الإسلام قارناً، فإنه يجزئه عن حجة الإسلام ويكون قارناً، وفرق بأن العمرة هنا واجبة، والأصل أن الفعل الواحد لا يجزئ عن واجبين بخلاف العمرة في المسألة الأخرى. وقول ابن المواز منصوص في الصورتين، فقد ذكره ابن يونس في الصورة الثانية؛ أعني: إذا قرن. وذكره الباجي في الصورة الأولى وعلله بأنه إذا قيده بالحج فقد نذر حجة تامة، فلما قرنها بغيرها كانت ناقصة، وإذا أطلق لم يلتزم حجة كاملة فلم يضره ما أشرك معها.

ابن يونس: ولم يختلف في قضاء الفريضة قول مالك وأصحابه، إلا عبد الملك فإنه روى عن مالك أنه يعيدهما جميعاً استحباباً، وقاله أصبغ، وقال بعضهم: وقول ابن المواز بعدم الإجزاء للحج والنذر في التعيين خلاف قول ابن القاسم في كتاب الحج الأول من المدونة في مسألة العبد يحرم بالحج فيحلله سيده ثم يعتقه فينوي القضاء والفريضة أنه يجزئه للقضاء لا للفريضة. ابن يونس: وليس الأمر كما قال؛ لأن العبد لم ينذر حجه الأول ماشياً كما نذره الحر وإنما أحرم بحجه تطوعاً، فهو كمن نذر مشياً، فيمشي في حجة ينوي بذلك فرضه ونذره، فهذه تجزئه عن نذره لا فريضته، ولو نذر العبد أن يمشي فمشى في حج فحلله سيده ثم عتق فمشى في حج ينوي به القضاء والفريضة، لوجب ألا يجزئه عن واحد منهما على قول ابن القاسم، والحر والعبد في هذا سواء.

فرع:

قال [٢٥٤/ أ] **ابن المواز**: إذا مشى لنذره حتى بلغ ميقاته فأحرم بحجة نوى بها فرضه فإنها تجزئه لفرضه، ثم يحرم بالعمرة بعد ذلك من ميقاته، ليمشي ما بقي له من نذره.

وَإِذَا لَمْ يُعَيِّنِ النَّاذِرُ بِلَفْظِ الإِحْرَامِ وَقْتاً لَهُ فَفِي كَوْنِهِ عَلَى الْفَوْرِ قَوْلانِ، وَفِيهَا يُحْرِمُ بِالْعُمْرَةِ عَلَى الْفَوْرِ إِلا إِذَا عَدِمَ الصَّحَابَةَ، وَلا يَلْزَمُهُ إِحْرَامُ الْحَجِّ إِلا فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ، وَقُيِّدَ إِنْ كَانَ يَصِلُ، وَإِلا فَفِي تَأْخِيرِ الإِحْرَامِ قَوْلانِ ....

مثاله: إن كلمتُ فلاناً فأنا محرم بحجة أو عمرة، فإن نوى تقديماً أو تأخيراً أو صرح بذلك لم يلزمه إلا ما نوى أو صرح به، وإن لم يعين شيئاً لا بلفظه ولا بنيته، لا كما يفهم من ظاهر كلام المصنف من قصر ذلك على اللفظ، وقد صرح في المدونة بأن النية مساوية للفظ في التعجيل والتأخير، والقول بفورية الإحرام لعبد الوهاب وعلله بأن النذور المطلقة محملها على الفور، أو عقب السبب الذي علق عليه.

ابن عبد السلام: والقول الآخر ظاهر الروايات. وتأول الباجي قول عبد الوهاب على الاستحباب.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح؛ لأن المستلزم بالنذر أحد النسكين وهو أعم من الفور والتراخي، وذكر المصنف مذهب المدونة لتضمنه التفصيل، وفرق الشيخ أبو محمد بين الحج والعمرة بأن العمرة لا وقت لها معين فوقتها حنثه، والحج له أشهر معلومات يكره تقديمه عليها، وفي انعقاده في المذهب وخارجه خلاف، فلا يحرم حتى تدخل، وتبعه في هذا الفرق اللخمي وغيره، وقوله في المدونة في العمرة: "إلا إذا عدم الصحابة" خالف فيه سحنون ورأى أنه يحرم بالعمرة وقت حنثه، وإن لم يجد صحابة، وقيد الشيخ أبو محمد قوله في المدونة في الحج: "أن يؤخر إحرامه إلى أشهر الحج" بمن كان يصل من بلده في أشهر الحج، وأما إن كان لا يصل فهذا يلزمه الخروج والإحرام قبل أشهر الحج من وقت حنثه.

ابن يونس: يريد الإحرام من وقت يصل فيه إلى مكة ويدرك الحج، وحكي لنا عن أبي الحسن القابسي أنه قال: بل يخرج من بلده غير محرم، فأينما أدركته أشهر الحج أحرم.

ابن يونس: وقول أبي محمد أولى لأن معنى قوله: أنا محرم بحجة؛ أي: إذا جاء وقت خروج الناس خرجت أنا محرماً، على ذلك يحمل قوله ويدل لفظه، وفي كتاب ابن المواز ما يؤيده قال فيه: في موضع يحرم في أشهر الحج، وقال في موضع آخر: يحرم في أول الحج، فهذا يدل على صحة تأويل أبي محمد وهو معنى قول المصنف: **(وَقُيِّدَ إِنْ كَانَ يَصِلُ، وَإِلا فَفِي تَأْخِيرِ الإِحْرَامِ قَوْلانِ)**.

وَخُرِّجَ عَلَيْهِ الْمَشْيُ فِي الْفَوْرِيَّةِ لا فِي الإِحْرَامِ، وَالْمَشْهُورُ فِيهِ التَّرَاخِي

أي: وخرج فيها إذا قال "لله علي المشي" قول بفورية المشي من القول بفورية الإحرام بجامع القربة. وما حكاه من أن المشهور التراخي ثبت كذلك في نسخة ولم أقف عليه، ولا يلزم على ما ذكره المصنف أن يكون المشهور كذلك في الإحرام؛ لأن الإحرام ركن والمشي وسيلة والوسائل أخفض رتبة من المقاصد.

وَفِيهَا: أَنَا مُحْرِمٌ، أَوْ أُحْرِمُ يَوْمَ أَفْعَلُ كَذَا يَكُونُ مُحْرِماً يَوْمَ يَفْعَلُهُ، وَفَرَّقَ سُحْنُونٌ وَقَالَ: يَكُونُ بِقَوْلِهِ "مُحْرِمٌ" مُحْرِماً. فَقِيلَ: أَرَادَ الْفَوْرَ فَيُنْشِئُ، وَقِيلَ: أَرَادَ أَنَّهُ مُحْرِمٌ بِنَفْسِ حِنْثِهِ ....

ابن راشد: وإذا قال: إن كلمت فلاناً فأنا أحرم بحجة أو عمرة فكلمه، فلا خلاف في أنه لا يكون محرماً حتى ينشئ الإحرام، وإن قال: أنا محرم، فقال مالك: لا يكون محرماً حتى ينشأ الإحرام، وقال سحنون: يكون محرماً. واختلف الشيوخ في معناه على ما ذكره المصنف، واستشكل اللخمي كونه محرماً بنفس الحنث، وهو حقيق بالإشكال؛ لأن الإحرام عبادة تفتقر إلى نية، ومن شرط العبادات كالصلاة والصيام أن تكون النية مقارنة

للفعل أو مقاربة له، وقد تمضي ليمينه السنون ثم يحنث، فإن قلت: ما الفرق بين هذه المسألة فإنه ألزمه في المدونة الإحرام على الفور، وبين المسألة المتقدمة وهي قوله: إن كلمت فلاناً فأنا محرم، وقد تقدم أنه في المدونة لم يلزمه الإحرام بالحج إلا في أشهر الحج؟ قيل: لأن ذكره اليوم قرنية في إرادة الفور لحصره الزمان بخلاف المسألة الأخرى.

وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ أَوْ يَعْتَكِفَ فِي مَسْجِدٍ مِنَ الْمَسَاجِدِ النَّائِيَةِ عَنْ مَحَلِّهِ لَمْ يَلْزَمْهُ وَصَلَّى مَكَانَهُ، إِلا فِي أَحَدِ الثَّلاثَةِ الْمَسَاجِدِ ....

لما في مسلم وغيره عنه صلى الله عليه وسلم: «**لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: مسجدي هذا، والمسجد الحرام، والمسجد الأقصى**». ورأى العلماء أن هذا مخصِّص لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»، وإنما اختص اللزوم بهذه الثلاثة لزيادة الفضل فيها، ولا يلحق بها مسجد قباء على المشهور، خلافاً لابن مسلمة.

فَلَوْ نَذَرَ الْمَشْيَ لَمْ يَلْزَمْهُ فِي الثَّلاثَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور مذهب المدونة، وقال ابن وهب: يلزمه المشي، واستحسنه اللخمي والمازري وغيرهما؛ لأنه طاعة، فيجب الوفاء بها وتبع المصنف هنا ابن بشير، فإنه ذكر أن المشهور عدم لزوم المشي في الثلاثة المساجد، لكن إنما فرض المسألة في المدونة وغيرها في مسجد المدينة وبيت المقدس وسكت عن مسجد مكة. ونص إسماعيل على المساواة وأنه إذا نذر المشي [٢٥٤/ ب] إلى المسجد الحرام للصلاة لا للحج لم يكن عليه أن يمشي ويركب إن شاء، ولا يدخل إلا محرماً، وكلام صاحب الإكمال يقتضي أن قول إسماعيل مخالف للمذهب ولفظه: فمن قال: لله علي صلاة في أحدها - أي: المساجد الثلاثة - وهو في بلد غير بلادها فعليه إتيانها، وإن قال: ماشياً، فلا يلزمه المشي إلا في حرم مكة خاصة، وأما المسجدان الآخران فالمشهور عنه أنه لا يلزمه المشي إليهما ويأتيهما راكباً، وقال ابن وهب:

بل يأتيهما ماشياً، وهو أقيس لاتفاقهم على أن من قال: علي المشي إلى مكة أن عليه أن يمشي إليها، ثم ذكر قول القاضي إسماعيل.

فَلَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ قَرِيباً جِداً فَقَوْلانِ، ثُمَّ فِي الْمَشْيِ قَوْلانِ

أي: فلو كان المسجد الذي نذر الإتيان إليه قريباً لا يحتاج إلى شد الرحال فقولان: ظاهر المدونة أنه لا شيء عليه؛ لقوله: ولو نذر الصلاة في غيرها من مساجد الأمصار صلى بموضعه ولم يأته، ونحوه في الرسالة؛ لقوله: وأما غير هذه الثلاثة المساجد فلا يأتيها ماشياً ولا راكباً لصلاة نذرها وليصل بموضعه.

ابن المواز: قيل: إلا أن يكون المسجد الذي نذر أن يأتيه قريباً مثل الأميال اليسيرة، فليأته ماشياً ليصلي فيه كما جعل على نفسه والمشي في ذلك ضعيف، وقال ابن حبيب: إن كان المسجد الذي نذر أن يأتيه ماشياً معه في موضعه، ومثل مسجد جمعته أو مسجده الذي يصلي فيه الصلوات الخمس فيلزمه أن يمشي إليه ويصلي فيه ما نذر، وقاله مالك، واستحسن اللخمي وغيره هذا القول عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»، وحديث: «**لا تشد الرحال**» لا يعارضه، وما ذكرناه من ظاهر المدونة هو مقتضى فهم اللخمي وابن يونس وغيرهما، كذكرهم هذين القولين بعد لفظ المدونة، وانظر هذا الفهم مع ما قاله في المدونة في باب الاعتكاف: من نذر جوار مسجد مثل جوار مكة لزمه ذلك في أي البلدان كان، إذا كان ساكناً بالبلد، ولم أر من قال: يلزمه الذهاب ولا يلزمه المشي كما قال المصنف، والله أعلم.

وَلَوْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا وَالْتَزَمَ الآخَرَ لَزِمَهُ عَلَى الأَصَحِّ، وَالْمَشْهُورُ إِلا أَنْ يَكُونَ الثَّانِي مَفْضُولاً ....

يعني: لو كان في أحد المساجد الثلاثة ونذر أن يأتي الآخر فالمشهور: إن كان في مفضول والتزم الأفضل لزمه، وإن كان بالعكس لم يلزمه، وهذا القول حكاه اللخمي ولم

يذكر سواه؛ لأنه قال: إن كان بمكة أو المدينة فنذر الصلاة بمسجد بيت المقدس صلى بموضعه وأجزأه، وإن كان مقدسياً ونذر الصلاة بمكة أو المدينة أتاهما، وإن نذر مكي الصلاة بمسجد المدينة أو العكس أتاه، وذلك أحوط ليخرج من الخلاف، وقياس قول مالك يأتي المكي المدينة بخلاف العكس. انتهى.

المازري: وقال بعض شيوخنا وذكر اللفظ المتقدم: وعلى هذا يكون المصنف شهر قول اللخمي، لكن قال ابن عبد السلام: إن غير واحد يرى أنه المذهب.

ابن بشير: والظاهر من المذهب أنه يلزمه الإتيان إلى أحد هذه المساجد، وإن كان الموضع الذي هو فيه أفضل من الموضع الذي التزم المشي إليه، وهذا هو الأصح الذي ذكر المصنف وكأن المصنف - والله أعلم - صححه لأن نذر ذلك طاعة ومن نذر أن يطيع الله فليطعه، وقد ألزم في المدونة المكي والمدني إذا التزما رباطاً بموضع أن يأتياه وإن كانت مكة والمدنية أفضل منه.

ابن عبد السلام: ولا أذكر هذا الأصح لغير ابن بشير، فإن قلت: ظاهر كلام المصنف أن في المسألة ثلاثة أقوال: الأصح اللزوم مطلقاً، ومقابله، والمشهور التفصيل فالجواب: نعم هو كذلك لكن لم أرَ القول بعدم اللزوم مطلقاً، وعلى هذا فالمشهور هو مقابل الأصح، والله أعلم.

وَالْمَدِينَةُ أَفْضَلُ ثُمَّ مَكَّةُ ثُمَّ بَيْتُ الْمَقْدِسِ

لا خلاف في أفضلية مكة والمدينة على بيت المقدس، وإنما اختلف العلماء في مكة والمدينة، ما عدا موضع قبره صلى الله عليه وسلم فالإجماع على أنه أفضل بقاع الأرض كلها، نقله في الإكمال، والمشهور من المذهب أن المدينة أفضل، وهو قول أكثر أهل المدينة، وقال ابن وهب وابن حبيب: مكة أفضل. قال في الإكمال: وهو قول أهل مكة والكوفة والشافعي.

فَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ الْمَشْيُ إِلَى الْمَدِينَةِ أَوْ الْمَقْدِسِ، وَلَمْ يَنْوِ الصَّلاةَ فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ، بِخِلافِ أَنْ يُسَمِّيَ مَسْجِدَيْهِمَا ....

يعني أنه قال: علي المشي إلى المدينة أو المقدس، فإن نوى الصلاة أو ذكر مسجديهما وإن لم ينو الصلاة لزمه الذهاب، وإن لم يحصل أحدهما لم يلزمه؛ لأن المشي لا يلزم إلا أن يكون قربة؛ إذ قد يراد به التجارة وغير ذلك، وإذا احتمل ذلك فالأصل براءة الذمة فلا تعمر بالشك. واستشكل شيخنا رحمة الله وابن عبد السلام عدم إلزامه؛ لأن المتبادر إلى الذهن والعرف إنما يقصد هذان المكانان للصلاة في مسجديهما، فكان ذكر البلدين كذكر المسجدين لدلالة الملزوم على لازمه. قال شيخنا رحمة الله: وكيف يطيب على نفس مسلم أن يأتي المدينة ولا يصلي في مسجد نبيه، ولا يسلم على وسيلته ووسيلة أبيه آدم عليه الصلاة والسلام [٢٥٥/ أ].

وَإِذَا نَذَرَ هَدْياً مُطْلَقاً، فَالْبَدَنَةُ أَوْلَى، وَالْبَقَرَةُ وَالشَّاةُ تُجْزِئُ

قوله: (**وَإِذَا نَذَرَ هَدْياً مُطْلَقاً**) يحتمل أن يريد به من غير تعيين، ويحتمل أن يريد به سواء كان معلقاً أو لا، وما ذكره المصنف من أن البدنة أولى والبقرة الشاة تجزئ نص عليه في المدونة في الحج الثاني، ووقع في كتاب النذور أن من قال: إن فعلت كذا فعلي هدي، فإن نوى شيئاً فهو ما نوى وإلا فعليه بدنة، فإن لم يجد فبقرة، فإن لم يجد وقصرت النفقة رجوت أن تجزئه شاة، ورجعها مالك وقال: البقر أقرب شيء بالإبل، واختلف الشيوخ في الموضعين فذهب اللخمي إلى أن ذلك اختلاف قول، ويخرج من كل واحدة قول في الأخرى، وأشار إلى أنه يمكن أن يجري فيها الخلاف أيضاً من الخلاف فيمن قال: علي صوم شهر وصام بغير الهلال هل يلزمه ثلاثون يوماً أو تسعة وعشرون؟ وذهب جماعة إلى أنه وفاق واختلف هؤلاء على مذهبين، حمل التونسي ما في النذور على الاستحباب، وفرق بعضهم بينهما بأن هذه يمين والتي في كتاب الحج بغير يمين، فلذلك كانت أخف.

ابن يونس: وقيل: بل ذلك اختلاف قول، ولا فرق بين ما عقد بيمين أو كان نذراً، وقد نقل أبو محمد هذه؛ أي: ما في النذور.

وإن قال: علي هدي، ثم ذكر الجواب فدل على أنهما عنده سواء، وكذلك في كتاب محمد وهو الصواب فاختار أنهما اختلاف كاللخمي، ووقع في بعض النسخ: (وإذا نذر هدياً مطلقاً فقولان) وهي ظاهرة مما ذكرناه.

فَإِنْ نَذَرَ بَدَنَةً فَقَصَّرَ عَنْهَا فَالْمَشْهُورُ: بَقَرَةٌ، فَإِنْ قَصَّرَ عَنْهَا فَالْمَشْهُورُ: سَبْعٌ مِنَ الْغَنَمِ، فَإِنْ قَصَّرَ فَالْمَشْهُورُ: أَنَّ صِيَامَ سَبْعِينَ يَوْماً لا يُجْزِئُهُ كَمَنْ نَذَرَ عِتْقاً فَعَجَزَ، وَعَلَى الصِّيَامِ فَفِي تَخْيِيرِهِ فِيهِ وَفِي إِطْعَامِ سَبْعِينَ مِسْكِيناً قَوْلانِ

أي: وسواء كان نذره معلقاً أم لا فإنه يلزمه أن يهدي بدنة، فإن لم يجد بدنة ففي المدونة تجزئ بقرة لما قاله الخليل: البقر من البدن. وقال ابن نافع: لا يجزئه.

اللخمي: وهو أحسن لأن الناس لا يعرفون البدن إلا من الإبل، فإن لم يجد البقرة ففي المدونة تجزئ سبع من الغنم أي سبع شياه؛ لأن البقرة لما كانت تجزئ عن سبع على قول بعض العلماء عادلت سبعاً من الغنم. وفي الموازية: إن لم يجد بقرة فعشر من الغنم، قال في المدونة: فإن لم يجد الغنم لضيق وجده فلا أعرف في هذا صوماً إلا أن يحب فليصم عشرة أيام فإن أيسر يوماً كان عليه ما نذره. وقد قال مالك فيمن نذر عتق رقبة فلم يستطعها: إن الصوم لا يجزئه إلا أن يشاء أن يصوم، فإن أيسر يوماً أعتق. فهذا مثله وهذا معنى قوله: (**فَالْمَشْهُورُ: أَنَّ صِيَامَ سَبْعِينَ لا يُجْزِئُهُ كَمَنْ نَذَرَ عِتْقاً فَعَجَزَ**). ولمالك في الواضحة: إن لم يجد الغنم صام سبعين يوماً. زاد أشهب في الموازية: أو أطعم سبعين مسكيناً كل مسكين مداً، وإن وجد شاة أهداها وصام ستين يوماً وإليه أشار بقوله: (**وَعَلَى الصِّيَامِ فَفِي تَخْيِيرِهِ فِيهِ وَفِي إِطْعَامِ سَبْعِينَ مِسْكِيناً قَوْلانِ**). ولم يذكر المصنف فيمن نذر عتقاً وعجز غير مذهب المدونة أنه لا يصوم، وفيها قولان آخران:

أولها: لابن المواز: إن شاء الصوم صام عشرة أيام.

وثانيها: أنه يصوم شهرين لأنهما عوض عنها في الظهار وقتل النفس وكفارة اليمين، وأن الصيام فيها ثلاثة أيام؛ لكنه لما كانت الكفارة في اليمين على التخيير لم تتحقق العوضية فيه بين الصيام والرقبة.

وَإِذَا نَذَرَ هَدْياً مُعَيَّناً وَهُوَ مِمَّا يُهْدَى وَيَصِلُ وَجَبَ بِعَيْنِهِ، وَإِنْ لَمْ يَصِلْ بَاعَهُ وَعُوِّضَ مِنْ جِنْسِهِ إِنْ بَلَغَ أَوْ أَفْضَلَ عَلَى الأَصَحِّ ....

إذا نذر هدياً معيناً، وهو مما يهدى كالإبل والبقر والغنم وكان يصل، وجب بعينه، يريد: وهو له لما سيأتي، قال في المدونة: والبقر لا تصل من إفريقية ولا من مصر، فإذا خاف على هذه الهدايا لا تبلغ لبعد سفره أو لغير ذلك باعها وابتاع بثمنها هدياً بثمن الغنم غنماً وبثمن البقر بقراً، وجاز أن يبتاع بثمن البقر إبلاً؛ لأنها لما بيعت صارت كالعين ولا أحب شراء الغنم بثمنها حتى تقصر عن ثمن بعير أو بقرة ويشترى ذلك في مكة أو موضع يصل، فإن ابتاعها من مكة فليخرجها إلى الحل ثم يدخلها إلى الحرم، وإلى هذا أشار بقوله: (**وَعُوِّضَ مِنْ جِنْسِهِ إِنْ بَلَغَ أَوْ أَفْضَلَ**).

ابن عبد السلام: وظاهر المدونة: أن شراء الإبل بثمن الغنم آكد من شراء الإبل بثمن البقر؛ لقوله في بدل الإبل بالغنم: لا أحب، وفي بدل البقر بالإبل: جائز. واستحسن اللخمي أنه لا يعوض بثمن الغنم بدنة إلا إذا كان الغنم أقل من سبعة، إلا ألا يجد الغنم فجائز أن يعوض الثماني والتسع بالبدنة.

وقوله: (**عَلَى الأَصَحِّ**) أشار بمقابله إلى ما حكاه ابن بشير أن عليه أن يشترى من نوع الأول، ولا يخالف إلى الأفضل.

بِخِلافِ فَرَسٍ يَنْذُرُهُ فِي السَّبِيلِ فَيَتَعَذَّرُ إِيصَالُهُ، فَإِنَّهُ يُبَاعُ وَيُجْعَلُ فِي مِثْلِهِ هُنَاكَ لاخْتِلافِ الْمَنَافِعِ ....

أي: فلا يجوز أن يشتري بثمنه إذا لم يصل غير جنسه من سلاح أو كراع، ولو كان الاحتياج إلى الغير أكثر. وفرق في المدونة بمثل ما فرق به المصنف وهو أن المقصود من الهدي شيء واحد وهو اللحم للتوسعة [٢٥٥/ب] على الفقراء، ولحم الإبل أكثر، بخلاف منفعة الفرس والسلاح فإنهما متباينان. التونسي: وقيل: يجعل الثمن فيما كان أنكى للعدو.

وَالسَّبِيلُ: الْجِهَادُ، وَالرِّبَاطُ فِي السَّوَاحِلِ وَالثُّغُورِ بِخِلافِ جُدَّةَ، فَإِنْ قَصَّرَ عَوَّضَ الأَدْنَى ....

أي: من جعل شيئاً في سبيل الله فلا يعدل به عن جهاد العدو وحراسة المسلمين بالسواحل كطرابلس وعسقلان بخلاف جدة فليست بثغر. قال في المدونة: لأن العدو لم ينزل بها إلا مرة واحدة، وهو مقيد بما إذا كان حالها اليوم كحالها في الزمان المتقدم، وذلك لأن الثغر في الاصطلاح هو موضوع للمكان المخوف عليه العدو، فكم من رباط في الزمان المتقدم زال عنه هذا الوصف في زماننا وبالعكس.

وقوله: (**فَإِنْ قَصَّرَ عَوَّضَ الأَدْنَى**) أي: الثمن في مسألة الهدي أو الجهاد عن شراء المثل، فإنه يعوض الأدنى ولا خلاف في ذلك.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّا يُهْدَى بَاعَهُ وَعَوَّضَ بِثَمَنِهِ، وَقِيلَ: أَوْ قَوَّمَهُ عَلَى نَفْسِهِ

كالثوب والفرس.

وقوله: (**بَاعَهُ وَعَوَّضَ بِثَمَنِهِ**) هو مذهب المدونة؛ لقوله فيها: فليبعه. والقول بأنه يقومه على نفسه مذهب العتبية وهو ظاهر المدونة في كتاب الحج وموضع آخر من

النذور؛ لقوله: أخرج ثمن ذلك. واختلف الأشياخ في فهم الموضعين، فذهب أكثرهم إلى أنه اختلاف قول، وذهب جماعة إلى أنه وفاق، ثم اختلفوا. ففي البيان: ما في العتبية مفسر لما في المدونة، وأشار هو وغيره إلى أنه ليس من باب شراء المرء صدقته؛ لأن القصد في الهدي الثمن؛ لأنه مما لا يهدى عينه بخلاف الصدقة فإنه قد يتصدق بذلك الشيء بعينه.

وحمل بعض القرويين ما وقع من جواز إخراج القيمة على أنه كان بيمين وما وقع من بيعه على أنه بغير يمين؛ لأن الحالف غير قاصد للقربة بخلاف غيره، ورده ابن يونس بأن الحالف إذا قال: إن فعلت كذا فعلي كذا، يقصد أيضاً بها نذره القربة إن فعل فلم يكن بينهما فرق، ورده أيضاً عياض بأنه قد ذكر في الموازية عن مالك روايتين من غير يمين، فدل على أنه لا فرق بين المعلق بيمين وغيره.

فرع:

قال في المدونة: فإن لم يبعه ويبعثه فلا يعجبني ويباع هناك ويشترى به هدي، فلعل الكراهة لأن فيها إيهام تغيير سنة الهدايا، أو لأن ذلك في سلع تساوي في بلدها أكثر من مكة.

وَفِي الْمَعِيبِ قَوْلانِ: بِعَيْنِهِ، وَكَالثَّانِي

أي: إذا قال: لله علي أن أهدي هذه البدنة العوراء أو ما لا يجوز في الهدايا، فقال أشهب: يخرجه بعينه؛ لأن السلامة إنها تطلب في الواجب المطلق. وقال ابن المواز: بل يبيعه ويشترى بثمنه هدياً سالماً وهو مراده بقوله: (**كَالثَّانِي**) أي: كالقسم الثاني وهو مما لا يهدى، وعلى هذا فيختلف هل له أن يمسكه ويخرج قيمته، أو يتعين بيعه كما تقدم؟ ويحتمل أن يريد: الثاني في القسم الأول، وهو الذي لا يصل والمعنى واحد، وهذا الخلاف مقيد بها إذا نذر معيناً، وأما إذا كان غير معين، فوافق أشهب ابن المواز على أن عليه هدياً سالماً.

التونسي: والأشبه في غير المعين أنه لا يلزمه نذر هدي ما لا يصلح أن يكون هدياً كمن نذر صلاة في وقت لا يجوز أن يصلي فيه، وكالصحيح فيمن نذر صوم أيام الذبح أو سنة بعينها أنه لا يقضي أيام الذبح. وقال اللخمي: أرى المعين وغيره سواء، فإن نذر وهو يظن أن ذلك يجوز لم يكن عليه غير ما ألزم نفسه، فيبيع المعين ويخرج قيمة ما في الذمة على أنه معيب فيشتري بذلك سليماً إن يبلغ أو يشارك به، وإن كان عالماً أن ذلك لا يجوز كان نذراً في معصية معيناً كان أو مضموناً، ويستحب له أن يأتي بسليمة ليكون كفارة كما في نذره نحر ولده.

فَإِنْ قَصُرَ عَنِ التَّعْوِيضِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَصَدَّقُ بِهِ حَيْثُ شَاءَ، وَفِيهَا أَيْضاً: يَبْعَثُهُ إِلَى خَزَنَةِ الْكَعْبَةِ يُنْفَقُ عَلَيْهَا، وَأَعْظَمَ مَالِكٌ أَنْ يَشْتَرِكَ مَعَهُمْ أَحَدٌ؛ لأَنَّهُ وَلايَةٌ مِنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذْ دَفَعَ الْمَفَاتِيحَ لِعُثْمَانَ بْنِ طَلْحَةَ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ أَهْلُ الْحَرَمِ بِالثَّمَنِ، وَقِيلَ: يُشَارِكُ بِهِ فِي هَدْيٍ ....

يعني: فإن قصر ثمن ما لا يُهدَى كالعبد، أو فضل من ثمنه ما لا يبلغ ثمن هدي.

ونص التهذيب: فإن لم يبلغ ذلك ثمن هدي وأدناه شاة قال مالك: يبعثه إلى خَزَنَة الكعبة ينفق عليها، وقال ابن القاسم: أحب إلي أن يتصدق به حيث شاء. ومنه تعلم أن قوله: (**قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَصَدَّقُ بِهِ**) ليس بجيد؛ لإيهامه وجوب الصدقة، وأشعر قول المصنف أيضاً بأن قول ابن القاسم في المدونة أيضاً وفي قول مالك إشكال، ولعل ذلك هو الموجب لنسبة ذلك إلى المدونة؛ إذ الكعبة لا تنقض فتبنى، ولا يكسوها إلا الملوك، ويأتيها من الطيب ما فيه كفاية، وهي إن كانت تكنس فمكانسها من خوص قبل الكنس تساوي فلساً وبعد الكنس تساوي الدراهم، فلم يبق إلا أن تأكله الخزنة، وليس هو من قصد الناذر [٢٥٦/ أ] في شيء، لكن في الموازية ما يدفع هذا الإشكال فإنه قال بعد قوله (**يُنْفَقُ عَلَيْهَا**): فإن لم تحتج إليه الكعبة تصدق به. وساقه ابن يونس على أنه تقييد، وهو كذلك إن شاء الله تعالى.

قوله: **(وَأَعْظَمَ مَالِكٌ... إلخ)** استطراد لا تعلق له بالنذر، وهو كذلك في المدونة. ومعنى أن يشترك فيها؛ أي: في خدمتها والقيام عليها؛ لأنه روي أنه صلى الله عليه وسلم عام الفتح انتزع المفاتيح من يد عثمان بن طلحة، فنزل قوله تعالى: ﴿ **إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا** ﴾ [النساء: ٥٨]، فاستدعاه ودفع إليه المفاتيح، وقال: «**هي لكم يا بني عبد الدار خالدة لا ينزعها منكم إلا ظالم**». والتشريك نوع من الانتزاع فلذلك منعه مالك.

قوله: **(وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِهِ أَهْلُ الْحَرَمِ)** هو لأصبغ ونصه عند ابن يونس. وقال أصبغ: أحب إلي أن يتصدق به على أهل مكة خاصة، وبه قال اللخمي قال: لأن الهدي لو بلغ تصدق عليهم بلحمه، والقول الرابع الذي حكاه المصنف لم أره، لكن اللخمي قال: لو قيل به لكان وجهاً.

فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ فَالْمَنْصُوصُ: لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، إِلا أَنْ يُرِيدَ: إِنْ مَلَكَهُ فَيَلْزَمُهُ إِنْ مَلَكَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

أي: فإن كان الذي التزمه لغيره سواء كان مما يهدى كبعير فلان أو لا كعبده، وهكذا ذكر المسألة في المدونة، ولأنه لو لم يحمل كلام المصنف على العموم لزم أن يكون في كلامه قصور؛ لأنه لم يتعرض للكلام على إهداء ما للغير إلا هنا، والمنصوص مذهب المدونة وغيرها؛ لما في مسلم من قوله صلى الله وعليه وسلم: «**لا نذر في معصية، ولا فيما لا يملك ابن آدم**».

وقوله: **(على المنصوص)** لم أتحقق ما أشار إليه من مقابله، ولعله مخرج من الحر بجامع عدم الملك، وإن أراد هذا فقد فرق التونسي بينهما بأن عبد الغير لما كان يصح بيعه ويهدى ثمنه، فكأنه أراد أن يهدي ثمنه وهو غير مالك له، بخلاف الحر فإنه لما لم يصح تملكه فكأنه قصد فيه الهدي. وفرق ابن يونس بأن الحر قد جاءت فيه سنة قياساً على ما جاء في إبراهيم مع ولده عليهما الصلاة والسلام، أما إن نوى: إن ملكته فهو هدي فإنه يجزئ على الخلاف في تعليق الطلاق بالزوجية، والعتق بالملك، والمشهور اللزوم.

وَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يُمْلَكُ كَالْحُرِّ فَالْمَشْهُورُ عَلَيْهِ هَدْيٌ، وَقِيلَ: مَا لَمْ يَكُنْ نَذْراً لِمَعْصِيَةٍ وَكَأَنَّهُ رَآهُ عُرْفاً ....

أي: إذا قال: لله علي أن أهدي فلاناً، أو علق ذلك على شرط، فالمشهور عليه هدي.

التونسي: وقيل: لا شيء عليه لأنه نذر معصية، ولم يذكره ابن بشير على أنه خلاف وإنما قيد به المشهور فقال بعد المشهور: وهذا إذا كان قصده الالتزام فظاهر، وإن كان قصده بنذره المعصية فينبغي ألا يلزمه، وإن لم يكن له قصد فيجري على الخلاف المتقدم في عمارة الذمة بالأقل، أو بالأكثر. انتهى. ونص اللخمي على أن من قال: أنا أنحر ولدي، بمعنى أقتله أنه لا شيء عليه.

خليل: وعلى هذا فالمسألة على ثلاثة أوجه: إن قصد الهدي والقربة لزمه ذلك بالاتفاق، وإن قصد المعصية لم يلزمه ذلك باتفاق، واختلف الشيوخ حيث لا نية، والمشهور: عليه الهدي، ونحو هذا لأبي الحسن، وعزي الشاذ لابن عبد الحكم.

وقوله: **(وَكَأَنَّهُ رَآهُ عُرْفاً)** توجيه للمشهور؛ أي: إنما لزمه في المشهور وإن كان ظاهر لفظه المعصية؛ لأنه رأى أن قوله: لله علي أن أهدي فلاناً حقيقة عرفية في التزام الهدي.

وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْهَدْيَ وَالْتَزَمَ نَحْرَ حُرٍّ فَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيّاً فَالْمَشْهُورُ: لا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ قَرِيباً وَذَكَرَ مَقَامَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السلام أَوْ مَكَّةَ أَوْ مِنًى ونَحْوَهَا لَزِمَهُ هَدْيٌ وَإِلا فَلا شَيْءَ عَلَيْهِ، وقِيلَ: كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَرَجَعَ عَنْهُ، وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: فِيمَنِ الْتَزَمَ نَحْرَ قَرِيبٍ مُطْلَقاً قَوْلانِ ....

أي: إذا لم يذكر لفظ الهدي بل قال: لله علي أن أنحر فلاناً، فإن كان المنذور نحره أجنبياً لم يلزمه شيء على المشهور، والفرق للمشهور بين هذه والتي قبلها أن ذكر الهدي في الأولى قرينة في إرادة القربة، بخلاف هذه فإن لفظه ظاهر في المعصية. وإن كان قريباً ففيه تفصيل إن ذكر مقام إبراهيم أو مكة أو منًى.

ابن بشير: أو يذكر موضعاً من مواضع مكة أو منًى لزمه هدي لقرينة ذكره هذه المواضع، فإنها تدل على القربة عرفاً، وإن لم يذكر هذه المواضع فلا شيء عليه كما قال المصنف.

وقوله: (**وقِيلَ: تلزمه كَفَّارَةُ يَمِينٍ**) أي: سواء ذكر هذه المواضع أم لا. وهذا القول أيضاً في المدونة، ففيها: ومن قال: إن فعلت كذا فأنا أنحر ولدي. فحنث فعليه كفارة يمين، وقاله ابن عباس، ثم رجع مالك فقال: لا كفارة عليه ولا غيرها إلا أن ينوي به وجه الهدي فعليه هدي. **ابن القاسم**: وهذا أحب إلي من الذي سمعت منه، والذي سمعت منه: إذا لم يقل عند مقام إبراهيم فعليه كفارة يمين، وإن قال: عند مقام إبراهيم فليهدِ، فذكر فيها ثلاثة أقوال.

واختلف الشيوخ في محل الخلاف، فقال صاحب تهذيب الطالب: لم يختلف قول مالك متى نوى وجه الهدي أنه يلزمه الهدي، واختلف قوله إذا لم تكن له نية، فقال مرة: عليه كفارة يمين، وقال مرة: لا شيء عليه، وعلى هذا فيقيد قوله الأول: "عليه كفارة [٢٥٦/ ب] يمين" بما إذا لم يرد وجه الهدي. وقال أبو عمران في تعاليقه: أعرف أنه إنما اختلف قول مالك في الذي ينذر نحر ولده فيمن لم تكن له نية، قال مرة: عليه الهدي، وقال مرة: لا هدي عليه، وأما إن نوى الهدي فعليه الهدي بالاتفاق، وهكذا كلام عبد الحق، غير أن أحد القولين في كلام عبد الحق: وعليه الكفارة. وأَلْحَقَ عبدُ الحق ذِكْرَ المقامِ بِنِيَّةٍ.

وكلام اللخمي يقتضي وجود الخلاف مطلقاً سواء نوى الهدي أم لا ذكر المقام أم لا؛ لأنه قال: إن أراد نحر ولده فلا شيء عليه، وإن أراد أن يجعله هدياً وقال ما يدل على ذلك، فقال: عند مقام إبراهيم أو عند الصفا أو المروة، كان عليه عند مالك هدي وقال مرة: كفارة يمين، فإن قلت: إنما فرض المسألة في المدونة في التعليق وكلام المصنف أعم وقد نص بعض القرويين على أنه إنما يلزم الهدي في التعليق.

وأما إن قال: علي نحر ولدي أو لله علي نحر ولدي، فلا شيء عليه لأنه نذر في معصية، إلا أن يقصد به وجه القربة فيلزمه هدي، وكذلك في كتاب الأبهري قيل: مختار ابن يونس خلافه وأنه لا فرق بين المعلق وغيره، قال: والصواب ألا شيء عليه إلا أن ينوي به وجه الهدي؛ لأن من قال: إن فعلت كذا فعلي شرب الخمر، أو قال: لله علي شرب الخمر ألا شيء عليه في ذلك. وقد علمت بكلام اللخمي معنى قول المصنف. وقال اللخمي: فيمن التزم نحر قريب مطلقاً قولان. ولولا كلامه المتقدم لأمكن أن يحمل الإطلاق على أنه لا فرق في ذلك بين المعلق وغيره. وعلى هذا فيتحصل في المسألة خمسة أقوال:

أولها: أن عليه كفارة يمين إلا أن ينوي الهدي، وهو الأول في المدونة على ما ذكره عبد الحق.

الثاني: أن عليه كفارة يمين لو نوى الهدي على ما حكاه اللخمي.

ثالثها: إن ذكر المقام فعليه هدي، وإلا فلا شيء عليه، وهو القول الذي استحسنه ابن القاسم.

رابعها: إن لم يذكر المقام فعليه كفارة يمين، وهو القول الذي سمعه ابن القاسم.

خامساً: الفرق بين المعلق وغيره، وما ذكره من التفرقة بين القريب وغيره نحوه لابن بشير وغيره. وقال الباجي: إذا قال لابنه أو أجنبي في يمين: لله علي أن أنحرك، فحنث فإن علق ذلك بمكان النحر كأن يقول: أنحرك عند مقام إبراهيم، أو عند البيت أو المسجد، أو بمنى أو بمكة، فروى ابن حبيب عن مالك عليه الهدي، وإن لم يسمِّ شيئاً ونوى الهدي لزمه، وإن لم ينو فروايتان: إحداهما: لا شيء عليه، والأخرى: كفارة يمين، وبها قال أصبغ. وقال عبد الوهاب: من نذر ذبح ابنه في يمين أو على وجه القربة فعليه الهدي.

وإن نذر نذراً مجرداً لا يقصد به القربة فلا شيء عليه، ففرق بين اليمين والنذر وليس بالبين. انتهى. فلم يفرق بين الأجنبي والقريب، وانظر قوله: فإن علق ذلك بمكان الذبح وعده المقام، فإنه مخالف لما قاله ابن هارون: أن المراد بمقام إبراهيم قصته في التزامه ذبح ولده وفدائه بالهدي، لا مقام مصلاه.

ابن عبد السلام: وحيث أمرناه بالهدي في هذه المسألة، فقيل: إنه من الإبل، فإن لم يجد فمن البقر، فإن لم يجد فمن الغنم، وقيل: يكتفى بكبش، واختاره ابن شعبان.

فرع:

قال في الموازية: ولو قال لعدة من ولده: "أنا أنحركم" كان عليه أن يهدي عن كل واحد هدياً، وقيل: هدي واحد لجميعهم. أصبغ وغيره: والأول أحب إلينا.

وَإِذَا الْتَزَمَ هَدْياً لِغَيْرِ مَكَّةَ لَمْ يَفْعَلْهُ لأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ

قال في المدونة: وسوق البدن إلى غير مكة من الضلال.

وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ هَدْياً ذَبَحَهُ مَكَانَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَيْهِمْ

المشهور مذهب المدونة؛ لأن في نقله إليهم شبهاً بسوق الهدايا، والشاذ لمالك في الموازية وبه قال أشهب؛ لأن إطعام مساكين أي بلد طاعة ومن نذر أن يطيع الله فليطعه، وأشار بعضهم إلى أنه يجوز ألا ينحر شيئاً ويطعم المساكين لحماً يكون قدره قدر لحم الجزور، وهو ظاهر لأنه لا قربة في النحر.

وَمَنْ نَذَرَ هَدْيَ بَدَنَةٍ أَوْ غَيْرِهَا أَجْزَأَهُ شِرَاؤُهَا، وَلَوْ مِنْ مَكَّةَ

وهو ظاهر إذا اشتراها من مكة، فلا بد أن يخرجها إلى الحِل.

وَمَنِ الْتَزَمَ صَدَقَةَ جَمِيعِ مَالِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ اتِّفَاقاً، فَلَوْ أَخْرَجَهُ فَفِي مُضِيِّهِ قَوْلانِ، وَيَلْزَمُهُ الثُّلُثُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: مَا لَمْ يُجْحِفْ بِهِ

تبع المصنف في حكايته الاتفاق. **ابن بشير**: وليس كما قالاه وإنما هو المشهور سواء حلف بذلك ابتداء أو علق ذلك. وفي البيان عن ابن وهب: لزوم الجميع، والقول بأنه لا يلزمه أن يُخرج إلا ما لا يضر به إخراجه لسحنون.

وقال ابن حبيب:: إن كان كثير اليسار أخرج ثلث المال وإن كان قليل المال فربع العشر، وإن كان عديماً فكفارة يمين، وقاله أيضاً ابن وهب. وربما استظهر القول بلزوم الجميع لأن الصدقة بالجميع طاعة؛ لإقراره صلى الله عليه وسلم أبا بكر على ذلك. وهذا إنما هو إذا التزم جميع المال للفقراء، أما لو قال: مالي صدقةٌ على فلان بعينه، ففي النوادر: يلزمه. ونقله صاحب النكت عن بعض القرويين في باب الهبات. أصبغ: وإذا قال مالي لله فيخرج [٢٥٧/ أ] ثلثه للصدقة فقط. وإن قال في عبده فمخرجه العتق، وإن قال في سبيل الله أو لسبيل الله فمخرجه الغزو والجهاد خاصة. وتخرج ثلث العين والطعام والرقيق إلا أن ينوي العين خاصة.

وقوله: (**فَلَوْ أَخْرَجَهُ فَفِي مُضِيِّهِ قَوْلانِ**). **ابن عبد السلام**: يعني: فلو أراد إخراج الجميع من غير نذر ولا التزام بل عزم على إخراجه فمنهم من أقره على الصدقة بالجميع كما أقر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر على ذلك، ومنهم من قال يكفيه الثلث كقضية كعب بن مالك. وقال ابن راشد: يعني: وإذا فرعنا على المذهب فأخرجه عن نذر ففي مضيه قولان حكاهما المصنف بناء على تعلق حق الغير به لصيرورته بيده، أو يبطل لأنه فعل ممنوع. وقال شيخنا رحمه الله: معناه إعطاؤه لمن ينوب عنه في تفرقته ولم يفرقه بعد فقولان منشأهما: هل يد نائبه كيده فلا ينفذ أو لا؟ وكأنه حصل في يد الفقراء، وكلام ابن راشد هو الذي يؤخذ من كلام ابن بشير، والله أعلم.

وَلَوْ عَيَّنَ شَيْئاً أَوْ جُزْءاً أَوْ كَثِيراً لَزِمَهُ وَإِنْ أَتَى عَلَى جَمِيعِ الْمَالِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلِذَلِكَ فُرِّقَ بَيْنَ: عَبْدِي هَدْيٌ وَلا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، وَبَيْنَ: جَمِيعُ مَالِي، وَبَيْنَ: ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِي، وَبَيْنَ: جَمِيعُ مَا لِي

أي: إذا عين شيئاً لزمه أن يخرجه ولو أتى على جميع ماله على المشهور، ومقابل المشهور رواية عن مالك: لا يلزمه إلا الثلث. وهو مذهب ابن نافع وأصبغ. وحكى اللخمي عن سحنون أنه قال في هذه المسألة أيضاً: لا يلزمه إلا ما لا يجحف به. وقوله: (**بين: عبدي**) أي: فيلزمه، (**وَبَيْنَ: جَمِيعُ مَالِي**) فلا يلزمه غير الثلث، (**وَبَيْنَ: ثَلاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِي**) فيلزمه، (**وَبَيْنَ: جَمِيعُ مَا لِي**) فلا يلزمه إلا الثلث. قال في النكت: والفرق بين أن يسمي شيئاً بعينه من ماله صدقة أو هدياً أن يخرج جميعه وإن كان ذلك ماله كله، وبين أن يقول مالي ولا يعين شيئاً أنه يجزئه الثلث - أن الذي عين قد أبقى لنفسه شيئاً ولو ثيابَ ظاهرِه أو ما لا يعلمه كميراث لم يعلم به، وأما الذي قال مالي فلم يبق لنفسه شيئاً وأدخل ثياب ظهره وما جهله أو علمه من ماله، فكان هذا من الحرج المرفوع، فوجب قصره على الثلث. انتهى. والشاذ هنا هو الظاهر، والله أعلم.

وَمَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ تَفْرِقَةُ الثُّلُثِ مِنْ نَفْلٍ أَوْ هَدْيٍ فَفِي كَوْنِهِ مِنَ الثُّلُثِ قَوْلانِ

يريد: إذا قال: مالي هدي، أو حلف بصدقة ماله فحنث، وقلنا يلزمه الثلث فاحتاج إلى أن يبعث به، فقال ابن القاسم في العتبية: ينفق عليه من ماله. قاله مالك. ذلك وقيل من الثلث. **ابن راشد**: ولم يختلف إذا قال ثلث مالي أن النفقة عليه منه، والفرق بينهما إذا قال مالي، فالأصل أن يخرج الجميع فلما أرخص له في الثلث وجب أن يخرج جميع الثلث، بخلاف قوله ثلث مالي فلا يلزمه غيره. انتهى.

والذي في ابن يونس وغيره بعد أن حكى القولين في الوجه الأول: ولو قال ثلث مالي هدي فلا خلاف أنه ينفق عليه من ماله حتى يبلغه. قال: والصواب ألا فرق بين

ذلك. وعلى هذا فإطلاق المصنف ليس كما ينبغي. وقوله: (**أَوْ هَدْيٍ**) فيه حذف مضاف؛ أي: من سوق هدي أو نحو ذلك.

وَلَوْ قَالَ: مَالِي فِي الْكَعْبَةِ أَوْ رِتَاجِهَا أَوْ حَطِيمِهَا فَلا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ؛ لأَنَّ الْكَعْبَةَ لا تُنْقَضُ فَتُبْنَى، بِخِلافِ مَالِي فِي كِسْوَتِهَا أَوْ طِيبِهَا فَإِنَّهُ يَدْفَعُ الثُّلُثَ إِلَى الْحَجَبَةِ فَيَصْرِفُونَهُ ....

هذا كله في المدونة، قال فيها: والرتاج الباب، والحطيم ما بين...... المقام. وفسر ابن حبيب الحطيم بما بين الركن الأسود والباب إلى المقام؛ لأنه يحطم الناس.

أبو محمد: فعلى تفسير ابن حبيب ذلك كله حطيم الجدار من الكعبة والفضاء الذي بين البيت والمقام اليوم. **عياض**: وقوله فيمن جعل ماله في طيب الكعبة يدفع إلى حجبتها يدل على جواز تطييبها وتطييب المساجد وتجميرها؛ إذ لو لم يكن طاعة لما لزمه أن يفي بنذره، وقد فُعل هذا في الصدر الأول واستمر على ذلك عمل المسلمين وعلى الخلوق فيها، والأصل في ذلك تطييبه صلى الله عليه وسلم موضع النخامة في مسجده. وقول مالك: "الصدقة أحب إلي مما يجمر به المساجد" ليس على تضعيفه وكراهته لكن لترتيب فضل أعمال البر بعضها على بعض في الأجر.

وما ذكره المصنف من قوله: (**فلا شيء عليه**) هو المشهور. وروي عن مالك أن عليه كفارة يمين. ونقل في الاستذكار عن القاضي إسماعيل بن أبي أويس أنه روي عن مالك أنه يلزمه إخراج ثلث ماله. وقال ابن حبيب: أرى أن يسأل، فإن نوى أن يكون ماله للكعبة فيدفع ثلثه للخزنة يصرفونه في مصالحها، فإن استغنت عنه بما أقامه السلطان من ذلك تصدق به، وإن قال: لم أنوِ شيئاً ولا أعرف لهذه الكلمة تأويلاً، فكفارة يمين أحب إلي، وسواء كان ذلك في نذر أو يمين.

وقوله: (**بِخِلافِ مَالِي فِي كِسْوَتِهَا أَوْ طِيبِهَا**) ظاهر التصور. والظاهر أن في زماننا يتصدق بذلك؛ لأن الملوك تكفلت بالكعبة ولا يتركون أحداً يكسوها، والحجبة لا يؤمنون في الغالب، وكذلك قال ابن راشد، وهو يؤخذ مما قدمناه على الموازية، والله أعلم.

وَإِذَا تَكَرَّرَ مَا يُوجِبُ [٢٥٧/ب] الثُّلُثَ فَإِنْ كَانَ بُعَيْدَ إِخْرَاجِهِ أَخْرَجَ ثَانِياً وَثَالِثاً

ابن زرقون: ولا خلاف في هذا في المذهب.

وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ فَفِي إِجْزَاءِ ثُلُثٍ وَاحِدٍ قَوْلانِ

الضمير في (**قَبْلَهُ**) عائد على الإجزاء. والقول بأنه ليس عليه إلا ثلث واحد رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو في الموازية. وقال ابن القاسم: يخرج عن اليمين الأولى ثلث ماله ثم ثلث ما بقي عن اليمين الثانية. وبه قال أشهب ومحمد بن المواز. ثم قال ابن القاسم: يخرج ثلثاً واحداً ويجزئه. وقاله ابن كنانة.

الباجي: وإذا قلنا يكفيه ثلث واحد، فقال يحيى عن ابن القاسم: سواء كانت أيمانه في أوقات مختلفة أو أيمان مختلفة فحنث فيها في وقت واحد أو حنث حنثاً بعد حنث فليس عليه إلا ثلث واحد. **ابن عبد السلام**: واختلف الشيوخ لو كانت اليمين الثانية قبل الحنث في الأولى هل يدخل في ذلك القولان، أو يتفق على وجوب ثلث واحد.

وَإِذَا زَادَ مَالُهُ بَعْدَ الْحِنْثِ والْيَمِينِ فَثُلُثُ الأَوَّلِ، فَإِنْ نَقَصَ فَثُلُثُ الآخَرِ. وَقِيلَ: مَا لَمْ يَكُنْ عَلَى حِنْثٍ ....

كما إذا حلف وماله ألفٌ حنث وماله ألفان فلا يلزمه إلا ثلث الألف، وهذا بيِّن إن كانت الألف الثانية من فائدة. قال في البيان: واختلف إذا حنث وقد زاد بولادة أو تجارة ففي العتبية ليس عليه أن يخرج ثلث النماء، ومثله في الواضحة وغيرها لابن القاسم. وهو صحيح لأنه على بر، وقال ابن القاسم: لا يدخل الولد في اليمين إذا كانت يمينه على بر،

وإن كان قد قال مالك أنهم يدخلون. وفي المبسوط لابن دينار أن ربح المال يدخل في الصدقة ولا يدخل الولد في اليمين بالعتق. قال في البيان: ولو عكس ذلك لكان أشبه من أجل الاختلاف في اليمين بصدقة المال. انتهى.

وأما إن نقص فإن كانت يمينه على بر فلا يلزمه إلا ثلث ما بقي اتفاقاً، وكذلك إن كانت على حنث على المشهور فقال ابن المواز: يلزمه إخراج الثلث مما نقص إن كان النقصان بسببه. **ابن حبيب**: وأما إن نقص من أمر من الله دون تفريط فلا خلاف أنه لا يلزمه إلا ثلث ما بقي. وحكى في الجواهر فيما إذا أنفقه بعد الحنث عن أشهب أنه لا شيء عليه ولا يتبع به ديناً، قال: وقال ابن القاسم يضمن إذا أنفقه أو ذهب منه كزكاة فرط فيها حتى ذهب المال. وقال سحنون: إذا فرط في إخراج الثلث حتى هلك المال ضمن. وفي الواضحة: من حلف بصدقة ماله فحنث ثم ذهب ماله باستنفاق فذلك دين عليه، وإن ذهب بغير سببه فلا يضمن ولا يضره التفريط متى أصابه ذلك.

وَفِي رَدِّ الزَّوْجِ الثُّلُثَ فِي يَمِينِ الْجَمِيعِ قَوْلانِ

يعني: إن حلفت الزوجة بثلث مالها فليس لزوجها عليها كلام. واختلف إذا حلفت بجميع مالها، فالمشهور له رد الجميع. وقيل: ليس له إلا رد ما زاد على الثلث. وستأتي هذه المسألة في باب الحجر إن شاء الله.

* * *

الْجِهَادُ وَاجِبٌ عَلَى الْكِفَايَةِ بِإِجْمَاعٍ

الجهاد لغة: التعب، ومنه الجهد وهو المشقة. وشرعاً: هو تعب خاص، وهو مقاتلة العدو. وكان على الكفاية لأن المصلحة تحصل بالبعض. قال في الكافي: وفرض على الإمام إغزاء طائفة إلى العدو في كل سنة مرة يخرج معهم بنفسه أو يخرج من يثق به ليدعوهم إلى الإسلام ويرغبهم، ويكف أذاهم ويظهر دين الله عليهم، ويقاتلهم حتى يدخلوا في الإسلام أو يعطوا الجزية.

ابن عبد السلام: والصواب لو قال على الجمهور موضع الإجماع، فقد حكي عن ابن المسيب، وابن شبرمة وغيرهما أنه فرض عين. وحكي عن سحنون أنه سنة وليس بفرض. انتهى.

وما حكاه عن ابن المسيب كذلك حكاه المازري. والذي حكى اللخمي عن ابن شبرمة ليس بفرض. والذي لسحنون في كتاب ابنه: كان الجهاد فرضاً في أول الإسلام وليس اليوم بفرض، إلا أن يرى الإمام أن يغزو طائفة فيجب أن يطيعوه، ويكون جهازهم من بيت المال. وإذا تأملته تجده لا يدل على السنية؛ لأن قوله: وليس اليوم بفرض. يحتمل أن يريد بفرض عين وهو الظاهر؛ لأنه كان في أول الإسلام فرضاً على الأعيان.

المازري - بعد أن نقل عن سحنون كما ذكرنا-: وحكي عن سحنون أيضاً أنه قال: كان في أول الإسلام فرضاً على جميع المسلمين وهو الآن مرغب فيه. وأشار إلى أنه يمكن أن يؤول على من بعدت داره عن موضع الجهاد وقام به في بعض المواضع من يكفي. وقد ذكر في المقدمات أنه قال: الآن فرض كفاية بإجماع كما قال المصنف. والله أعلم.

وَقَدْ جَاهَدَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الثَّانِيَةِ مِنَ الْهِجْرَةِ غَزْوَةَ بَدْرٍ، ثُمَّ أُحُدٍ، ثُمَّ ذَاتِ الرِّقَاعِ، ثُمَّ الْخَنْدَقِ، ثُمَّ بَنِي النَّضِيرِ، وَمُرَيْسِيعٍ وَفِيهَا اعْتَمَرَ عُمْرَةَ الْحُدَيْبِيَةِ الَّتِي صُدَّ عَنْهَا، ثُمَّ خَيْبَرَ وَاعْتَمَرَ فِيهَا عُمْرَةَ الْقَضِيَّةِ، ثُمَّ فَتْحِ مَكَّةَ وَفِيهَا نَزَلَ عَلَى حُنَيْنٍ وَالطَّائِفِ، ثُمَّ تَبُوكَ وَهِيَ الأَخِيرَةُ، وَفِيهَا تَخَلَّفَ الثَّلاثَةُ وَجَمَاعَةٌ، وَفِيهَا أَمَرَ أَبَا بَكْرٍ [٢٥٨/أ] **- رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ- أَنْ يَحُجَّ بِالنَّاسِ، وَحَجَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْعَاشِرِ وَتُوُفِّيَ بَعْدَ حَجِّهِ...**

تبع في هذا ابن بشير، ومقصدهما بذلك بيان مرتبة الجهاد في الدين؛ لمواظبته صلى الله عليه وسلم عليه. واعلم أن المصنف -رحمه الله تعالى- إذا عطف بثم فالمراد سنة ثانية، وإن عطف بالواو فهو مع ما قبله في سنة واحدة. وقوله: (**فِي الثَّانِيَةِ**) أي: في السنة الثانية.

وَيَتَعَيَّنُ عَلَى مَنْ نَزَلَ عَلَيْهِمْ عَدُوٌّ وَفِيهِمْ قُوَّةٌ عَلَيْهِ، فَإِنْ عَجَزُوا تَعَيَّنَ عَلَى مَنْ قَرُبَ مِنْهُمْ حَتَّى يَكْتَفُوا، وَيَتَعَيَّنُ عَلَى مَنْ عَيَّنَهُ الإِمَامُ مُطْلَقاً ....

يعني: أن الجهاد وإن كان فرضاً على الكفاية فهو يتعين في حالين: **الأولى**: أن ينزل العدو بقوم وفيهم قوة عليهم. **ابن راشد**: ولا خلاف أعلمه فيما ذكره المصنف. قال في الكافي: ولو قارب العدو دار الإسلام ولم يدخلها لزمهم الخروج. قوله: (**فَإِنْ عَجَزُوا تَعَيَّنَ عَلَى مَنْ قَرُبَ مِنْهُمْ**) يريد: ما لم يَخَفْ من يليهم معرة العدو، فإن خافوا ذلك بأمارة ظاهرة فيلزموا مكانهم، قاله سحنون. **والحال الثانية**: أن يعين الإمام طائفة فيتعين عليها. قوله: (**مُطْلَقاً**) يحتمل تعينوا أم لا. ويحتمل جاوره العدو أم لا. ويحتمل كان من أهل الجهاد أم لا، كالعبد والمرأة فإنهما حينئذ يلزمهما الخروج، نص عليه ابن شاس. ويحتمل كان له مانع من أحد أبويه أو رب الدين أم لا. ويحتمل أن يريد جميع ذلك.

فرع:

ويسقط وجوب الجهاد بالعجز الحسي وبالموانع الشرعية.

أما العجز الحسي: فكالصبا، والجنون، والأنوثة، والعمى، والعرج، والمرض، والفقر -أعني العجز عن السلاح، والركوب عند الحاجة إليه، ونفقة الذهاب والإياب- ولا يسقط بالخوف من المتلصصين؛ لأن قتالهم أهم. أبو إسحاق: وقطعَةُ الطريق أحق بالجهاد من الروم.

وأما الموانع الشرعية: فكالرق، ومنع صاحب الدين، ومنع الوالدين. أما الرقيق فليس له جهاد دون أمر سيده. وليس لرب الدين المنع بالدين المؤجل عن الجهاد ولا عن سائر الأسفار، فإن كان يحل في غيبته وكَّل من يقضيه، وإن كان حالاً ولا يقدر على قضائه فله السفر بغير إذن رب المال. وللوالدين المنع ولا يبلغ الجد والجدة أن يلحقا بهما، وسفر العلم الذي هو فرض عين ليس لهما منعه منه، فإن كان فرض كفاية فليتركه في طاعتهما. ولهما المنع من ركوب البحار والبراري الخطرة للتجارة، وحيث لا خطر لا يجوز لهما المنع. والأب الكافر كالمسلم فيما عدا الجهاد من ذلك. وقال سحنون: وكذلك لهما المنع من الجهاد، إلا أن يعلم أن منعهما ليوهنا الإسلام.

وَالْقُوَّةُ أَنْ يَكُونَ الْعَدُوُّ ضِعْفَهُمْ فَمَا دُونَهُمْ عَدَداً. وَقِيلَ: قُوَّةً وَجَلَداً

لما ذكر أن القوة شرط في تعيين الجهاد أخذ يفسرها، فذكر فيها قولين. والقول باعتبار العدد لابن القاسم وجمهور الأصحاب. ابن عبد السلام: وهو المعروف. والقول باعتبار الجلد لابن الماجشون، ورواه عن مالك، واختاره ابن حبيب. والأول أقرب إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّائَةٌ صَابِرَةٌ ﴾ [الأنفال:٦٦] الآية. ولم تفرق الآية بين كافر وكافر. وأيضاً فإن الإنسان قد يقاتل من لم يعاينه إلا حين القتال، فكيف يعلم منزلة من لم يخالط في الشجاعة. اللخمي: ولا أراهم يختلفون أنه متى جهل منزلة بعضهم من بعض في القوة أنهم مخاطبون بالعدد. يريد أن هذا الاتفاق مما يقوي القول الأول؛ لأنه إذا حمل اللفظ في هذه الصورة على الحقيقة وجب حمله في سائر الصور على ذلك. ولا يقال

أن المصنف فسر القوة بالقوة في القول الثاني؛ لأنه لما قرن القوة الثانية بلفظ الجلد صار كأنه فسر القوة في الآية بالشدة والجلد. والله أعلم.

تنبيه:

يستثنى على المشهور من اعتبار العدد ما إذا لم يؤمن أن يكثر الكفار. الباجي: وأما إذا كان الكفار في بلادهم وحيث يخاف تكاثرهم فإن للعدد اليسير أن يولوا عن مثلهم؛ لأن فرارهم ليس من العدد اليسير.

فَيَحْرُمُ الْفِرَارُ إِلا مُتَحَرِّفاً أَوْ مُتَحَيِّزاً

الفاء جواب شرط مقدر؛ أي: إن حصلت القوة فيحرم الفرار. وهو من الكبائر عند مالك وأصحابه. ابن القاسم: ولا تجوز شهادة من فر من الزحف. ولا يجوز الفرار وإن فر إمامهم؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ ﴾ [الأنفال:١٦].

ابن رشد: وهذا ما لم يبلغ عدد المسلمين اثني عشر ألفاً، فإن بلغ اثني عشر ألفاً لم يحل الفرار وإن زاد عدد المشركين على الضعف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لن تُغلب اثنا عشر ألفاً من قلة**». فإن أكثر أهل العلم خصصوا بهذا الحديث عموم الآية. وروي عن مالك ما يدل على ذلك من مذهبه، وهو قوله للعمري العابد إذ سأله: هل لي سعة في ترك مجاهدة من غيَّر الأحكام وتركها؟ إن كان معك اثنا عشر ألفاً مثلك فلا سعة لك في ذلك. انتهى.

والمتحرف: هو أن يرى من نفسه الانهزام وليس هو مقصده حتى يتبعه العدو [٢٥٨/ ب] فيرجع عليه، وهو من أحد مكائد الحرب.

والتحيز: هو الرجوع إلى الأمير أو جماعة بشرط القرب. مالك: وأما إن بعد الأمير والجيش منه فلا يجوز ذلك. قال صاحب النوادر: وفي الموازية لا يجوز لأحد الانحياز إلا عن خوف بيِّن، وعن جيش مستطيع، أو ضعف من السلطان. وأما عن أمن متناصف

وفي الغلبة مطمع فلا، ولا يكون لأمير الجيش ما يكون للسرايا من الانحراف والتولي عنهم، ولهم سعة في أن يثبتوا لقتال أكثر من الضعفين والثلاثة بأضعاف كثيرة وهم يجدون مصرفاً عنهم، فإن علموا أنهم مقتولون إن ثبتوا فأحب إلي أن ينصرفوا إن وجدوا إلى ذلك سبيلاً، فإن لم يجدوا فلهم أن يقاتلوا حتى يقتلوا، فمن احتسب نفسه على ذلك فهو الشهيد، ومن ثبت حتى قتل ولم يجد مصرفاً فإنه يرجى له فضل الشهادة كما قال عمر. وروي عن مالك الكراهة لذلك. انتهى. واختلف قول مالك في إقدام الرجل على العدد الكثير والجيش الذي يوقن أنه يقتل بشرط أن يؤثر فيهم بالجواز والكراهة. قال في البيان: والصحيح الجواز.

ابن عبد السلام: والظاهر من قوله أن ذلك إنما يسوغ بشرط أن يعلم ذلك الواحد من نفسه من الشجاعة ما يكون عنها نكاية العدو وإن قتل، ويشترط أن يخلص النية لله تعالى لا لإظهار شجاعة، وإن كان كذلك حصل منه إرهاب العدو، وهما إحدى فوائد الجهاد، ولم يكن من إتلاف النفس بغير فائدة.

وَيَجِبُ مَعَ وُلاةِ الْجَوْرِ أَيْضاً عَلَى الأَشْهَرِ

القولان في المدونة، والأشهر هو الذي رجع إليه مالك ارتكاباً لأخف المفسدتين؛ لأن الغزو معهم إعانة على جورهم، وترك الغزو معهم خذلان للإسلام.

ابن حبيب: سمعت أهل العلم يقولون لا بأس به وإن لم يوفوا بعهد ولا يضعوا الخمس موضعه.

ابن المواز: ولا يجوز خروج جيش إلا بإذن الإمام. وسهَّل مالك لمن يجد فرصة من عدو قريب أن ينهضوا إليهم بغير إذن الإمام، ولم يجز ذلك السرية ويحرمهم ما غنموا. سحنون: إلا أن تكون جماعة لا يخاف عليها فلا يحرمهم. يريد: وقد أخطؤوا. قيل: والخلاف في الجهاد مع ولاة الجور إنما هو إذا كان معهم من يقاتل، وإلا فيجب عليهم بالاتفاق.

فرع:

روى عيسى عن ابن القاسم قال: سئل مالك عن الوالي إذا قام عليه قائم يطلب إزالة ما بيده، هل يجب علينا أن ندفع عنه غيره؟ قال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فنعم وأما غيره فلا، فدعه وما يريد منه، ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما.

وَفِي وُجُوبِ الدَّعْوَةِ ثَلاثُ طُرُقٍ: الأُولَى: تَجِبُ فِيمَنْ بَعُدَتْ. وَالثَّانِيَةُ: ثَالِثُهَا الأُولَى. وَالثَّالِثَةُ: رَابِعُهَا تَجِبُ فِي الْجَيْشِ الْكَثِيرِ الآمِنِ ....

تصور كلامه لا يخفى عليك. وذكر ابن بشير الأقوال الأربعة، قال: واختلف الشيوخ في ضبط المذهب. فذكر الطرق الثلاثة التي ذكرها المصنف.

ابن عبد السلام: إلا أنَّ جَعل هذا الخلاف في الوجوب لا تساعده الروايات إذا تأملت ألفاظها، وإنها يقولون: يُدعى العدو إن بعدت داره أو على حالة ما، وهو محتمل للاستحباب، وربما صرحوا بذلك، والذي لم نشك فيه أنا إذا لم نعلم حال العدو وهل بلغته الدعوة أم لا كانت الدعوة مستحبة؛ لأن الغالب بلوغها إليه، وإن انضاف إلى ذلك رجاء الإجابة وجبت.

اللخمي: واتفق على وجوبها في حق من لم تبلغه. وهي في حق من بلغته على أربعة أوجه: واجبة، ومستحبة، ومباحة، وممنوعة.

والواجبة: إذا غلب على ظننا أنهم إذا دعوا أجابوا، وكان جيش الكفار لا طاقة لهم بالمسلمين. والمستحبة: إذا شك هل يجيبوا أم لا. والمباحة: إذا علم أنهم لا يجيبون. والممنوعة: إذا كان بالمسلمين قلة ويخشى بالدعوة على المسلمين، ولا يشك في سقوطها إذا عاجلونا. المازري: وفي المدونة: الأمر بدعاء السلامة غير قتالهم، وهو يحسن على القول بأن الدعوة يؤمر بها وإن كان عالماً؛ لأن السلابة مسلمون وهم عالمون بأنهم ظالمون.

تنبيه:

هذا الخلاف في الروم، وأما القبط، ففي المدونة: لا يقاتلون ولا يبيتون حتى يدعوا ولم ير أن دعوة الإسلام قد بلغتهم. ابن يونس: يريد أنهم قوم لا يفقهون، فكأنه رأى أنهم لم يفقهوا ما يدعون إليه فرأى أن يدعوا وتبين لهم الدعوة؛ لا كما قيل: إنما ذلك لأن مارية القبطية أم ولده صلى الله عليه وسلم، وأنكر ذلك بعض الناس وقال: القبط من أحذق الناس، وإنما العلة فيهم أنه كان لهم عهد فركبوا بالظلم وتداول الملوك ذلك من أهل الجور فنقضوا ما كانوا عليه من العهد، فلذلك لم يقاتلوا حتى يدعوا ويخبرون أنهم يردون إلى ما كانوا عليه، ويسار فيهم بالعدل وطريق الحق، وأما الروم فما كان لهم عهد قط.

فرع:

فإن قوتل من لم تبلغه الدعوة قبلها فقتلوهم وغنموا أموالهم وأولادهم، فمذهبنا أنه لا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة. المازري: وهو مذهب [٢٥٩/ أ] أبي حنيفة.

وقال الشافعي: فيه الدية، وحجتنا أن النهي عن قتالهم قبل الدعوة لا توجب مخالفته الدية؛ كقتل النساء والصبيان.

وحكى المازري عن بعض أصحابنا البغداديين: أنه لو ثبت لنا أن هذا المقتول متمسك بكتابه وآمن بنبيه حسبما اقتضاه كتابه، ولكنه لم يعلم ببعثته صلى الله عليه وسلم فقتل قبل الدعوة فإن فيه الدية.

وَهِيَ أَنْ يَدْعُوا إِلَى الإِسْلامِ أَوِ الْجِزْيَةِ

ليس هو مخير كما هو ظاهر كلامه، بل يدعون أولاً إلى الإسلام فإن أبوا فإلى الجزية.

التونسي: وفي الواضحة: إذا وجبت الدعوة فإنما يدعون إلى الإسلام جملة من غير ذكر الشرائع إلا أن يسألو عنها فتبين لهم، وكذلك الجزية جملة بلا توقيت ولا تحديد إلا أن يسألوا فتبين لهم. وذكر اللخمي وغيره: أن صفة الدعوة تختلف وكلها راجعة إلى أن

يدعى إلى الرجوع عن الوجه الذي به كفر. ونص اللخمي على أن الكافر إذا أقر بالألوهية والرسالة، ثم أنكر الإقرار بالصلاة، أو بالزكاة، أو بالصوم، أو بالحج كان على حكم المرتد، فإن رجع وإلا قتل.

وذكر المتيطي عن مالك وابن القاسم وغيرهما: أن إسلام الكافر لا يصح إلا بعد إقراره بفروع الشريعة، وأنه إذا أقر بالوحدانية والرسالة ثم رجع أنه يؤدب ويشدد عليه، وإن أبى لم يكن عليه شيء، قال: وبه أخذ ابن عبد الحكم، وبه القضاء والعمل. وحكى ما ذكره اللخمي عن أصبغ قال: وإن اغتسل لإسلامه ولم يصل إلا أنه أحسن إسلامه ثم رجع عن إسلامه، فإنه يؤخذ بالصلاة فإن صلى وإلا قتل.

قال ابن القاسم: ولا يقتل حتى يصلي ولو ركعة واحدة.

وَلا يُسْتَعَانُ بِالْمُشْرِكِينَ فِي الْقِتَالِ إِلا أَنْ يَكُونُوا نَوَاتِيَةً أَوْ خَدَماً

لقوله جل ثناؤه: ﴿ وَلَا تَتَّخِذُوا۟ مِنْهُمْ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴾ [النساء:٨٩] ولما في الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم لليهودى الذي اتبعه: «**ارجع فلن أستعين بمشرك**». واختلف إذا خرج الكفار من تلقاء أنفسهم، فظاهر ما في سماع يحيى أنهم لا يمنعون. وقال أصبغ: يمنعون أشد المنع.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَكُونُوا نَوَاتِيَةً أَوْ خَدَماً**) نحوه في المدونة. وينبغي أن تقيد النواتية بما إذا كانوا تبعاً لغيرهم.

ابن حبيب: ويستعملون في رمي المجانيق وهدم الحصون. قال: ولا بأس أن يقدم مَنْ سالمه مِنَ الحربيين على من لم يسالمه بالسلاح ونحوه ويأمرهم بنكايتهم، ولا بأس أن يكون من سالمه بحذاء عسكره وقربه ما لم يكونوا في داخل عسكره، وكره بعض أهل المدينة رميهم بالمجانيق. قال في الجواهر: وتجوز الاستعانة بالعبيد إذا أذن السادة، وبالمراهقين إن كانت فيهم قوة.

وَلا بَأْسَ أَنْ يَجْعَلَ الْقَاعِدُ لِلْخَارِجِ جُعْلاً وهُمَا من دِيوَانٍ وَاحِدٍ، مَضَى النَّاسُ عَلَى ذَلِكَ ....

يعني: إذا عين بعثاً فأراد بعض من أمر بالخروج أن يجعل جُعلاً، جاز بشرط أن يكونا من ديوان واحد. مالك في المدونة: لأن عليهم سد الثغور، وربما خرج لهم العطاء، وربما لم يخرج. قال فيها: ولا يعجبني أن يجعل لمن ليس معهم في ديوان ليغزو عنه، وقد كره مالك لمن في السبيل إجارة فرسه لمن يرابط عليه أو يغزو عليه، كمن بعسقلان وشبهها، فهو إذا أجر نفسه أشد كراهة. وكان مالك -رحمه الله- أشار إلى أن الأصل منع هذه الإجارة؛ لكونها إجارة مجهولة، وإنما أجاز ذلك إذا كانا من ديوان واحد؛ لأن على كل واحد منهما ما على الآخر فليست إجارة حقيقة، وما ذكرناه من عدم الجواز إذا لم يكونا من ديوان واحد كذلك صرح به التونسي، قال هو وابن يونس وغيرهما: ولا يخرج أحد عن أحد إلا بإذن الإمام ولو كان الثاني أشجع؛ لأن الإمام قد يرى من سماه أولى.

التونسي: أما إذا قال: يخرج من البعث الفلاني مائة فأعطى بعضهم لبعض على أن يخرج عنه، فقال الإمام: إذا أخرج جاز ذلك؛ لأن الإمام لم يسمِّ أحداً، ولو قال: يخرج جملة بعث أهل الصيف، فأراد بعضهم أن يجعل لمن يخرج في الربيع لم يجز إلا بإذن الإمام؛ لأنه قد عين من يخرج فلا يخرج غيره إلا بإذنه، وينبغي إذا أتاه من يقوم مقامه ألا يكلفه الخروج؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك، وهذا جائز إلا لمن وقف نفسه لهذا يلتمس الزيادة فمتى وجدها خرج، فمكروه.

وَلا يُسَافَرُ بِالنِّسَاءِ إِلَيهِمْ إِلا فِي جَيْشٍ كَبِيرٍ آمِنٍ، وَلا يُسَافَرُ بِالْمُصْحَفِ إِلَيْهَا بِحَالٍ ....

إنما لم يسافر بالنساء إليهم خشية أن ينال المرأة العدو، إلا في جيش كبير آمن؛ لأن الغالب حينئذ السلامة، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم كان يسافر في الغزو ببعض

نسائه؛ وقالت الرُّبَيِّعُ بنت مُعَوِّذ: **كنا نغزو مع الرسول صلى الله عليه وسلم فنسقي القوم ونخدمهم**.... الحديث. والأمن مع النبي صلى الله عليه وسلم موجود ومفهوم.

وقوله: (**إِلَيهِمْ**) جواز السفر بهن في أرضنا كالثغور وليس على إطلاقه؛ بل قيد ذلك سحنون بالمواضع المأمونة الكبيرة [٢٥٩/ ب] كالإسكندرية وتونس، وشك في صفاقس وسوسة ومثله لمالك. **مالك**: ورب ثغر فيه ألف رجل ليس بمأمون ولم يسافر بالمصحف إليهم بحال خوفاً من أن يناله العدو، والفرق بين المصحف والنساء، أن المصحف قد يسقط ولا يشعر به بخلاف المرأة فإنها تذكر نفسها؛ ولأن النهي في المصحف عام. ففي الموطأ: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، وذلك مخافة أن يناله العدو**. وقال في الاستذكار: هكذا قال يحيى وأكثر الرواة. وقال ابن وهب عن مالك في آخره: **خشية أن يناله العدو**. ولم يجعله من قول مالك؛ وهو بلفظ مرفوع صحيح، وكذلك رواه جماعة.

ابن الماجشون: ولو أن الطاغية كتب إلى الملك أن يبعث إليه مصحفاً ليتدبره، فلا ينبغي لأنه نجس؛ هكذا نقل صاحب النوادر وابن يونس. ونقل الباجي عنه عدم الجواز وهو مقتضى التعليل. **ابن الماجشون**: ولا بأس أن يقرأ الرجل القرآن على الكفار ويحتج عليهم به. وقال في الاستذكار: واختلفوا في تعليم الكفار القرآن، فأجازه أبو حنيفة. وكذلك الفقه رجاء أن يرغبوا في الإسلام. وقال مالك: لا يعلم القرآن ولا الكتاب، وكره رقية أهل الكتاب، واختلف فيها قول الشافعي. وكره مالك وغيره أن يعطي الكافر درهماً فيه آية من القرآن؛ ولا خلاف فيه إذا كانت آية تامة، وإنما اختلفوا فيها إذا كان فيه اسم من أسماء الله تعالى، ولم تكن الدراهم عليها اسم الله تعالى، وإنما ضربت دراهم الإسلام في أيام عبد الملك بن مروان. انتهى.

ابن عبد السلام - بعد أن ذكر قول مالك وأبي حنيفة - : وأجاز الجميع أن يقرأ عليهم القرآن، وأن يبعث إليهم بالكتاب فيه آيات من القرآن، والأحاديث بذلك كثيرة.

وَإِذَا تَسَاوَتِ الأَحْوَالُ عِنْدَ الْمَغْلُوبِ فِي الْعَطَبِ، فَالْمَشْهُورُ: جَوَازُ الانْتِقَالِ وَلَوْ رَجَا أَحَدُهُمَا وَجَبَ عَلَيْهِ ....

قال في المدونة: وإذا حرق العدو سفينة للمسلمين فلا بأس أن يطرحوا أنفسهم في البحر؛ لأنهم فروا من موت إلى موت، وهو أحد قولي ربيعة. قال: وإن صبروا فهو أكرم. ومقابل المشهور لابن القاسم في الموازية: أنه لا ينتقل واختاره ابن المواز؛ لأن في انتقاله سبباً لقتل نفسه، وبه قال ربيعة في أحد قوليه.

وقوله: **(وَلَوْ رَجَا أَحَدُهُمَا وَجَبَ عَلَيْهِ)** أي: فلو رجا النجاة في أحد تلك الأحوال وجب وهو ظاهر، وكذلك عبر ابن بشير بالوجوب. وعبارة المتقدمين في هذه المسألة: فله ذلك.

وسئل ربيعة عن مدينة حاصرها العدو فضعفوا عن قتالهم وليس عندهم ما يكفيهم أيخرجون للقتال، أم يصبرون حتى يموتوا جوعاً؟ قال: بل يخرجون إلى القتال أحب إلي.

ابن سحنون: فلو بلغ بهم الجوع حتى لا يقدروا على القتال، فإن طمعوا في الأسر مفاداة أو نجاة وقد عرف ذلك من العدو، فليخرجوا إليهم، وإن كانوا يقتلونهم فليصبروا للموت جوعاً وعطشاً. **التونسي**: ولم يبح لهم الخروج، ولعل ذلك أروح لهم.

وقد اختلف في المركب من المسلمين يلقي الروم عليها النار، هل يثقل الرجل نفسه ليغرق؟ وكأنه اعترض عدم جواز الخروج؛ لأن القتل صبراً أهون من الصبر للجوع، وقد يجاب عن هذا بما قاله ابن عبد السلام.

الشافعي: إنه إذا كانت إحدى الطائفين في الحالتين يطول بقاؤه معها أكثر، تعين الانتقال إليها وهو ظاهر؛ لأن حفظ الحياة واجب ما أمكن. وروى أبو الفرج عن مالك: لا حرج على من أظله العدو في البحر أن يلقي نفسه فيه.

اللخمي: وليس بالبين، ولا أرى يلقي بنفسه مع رجاء الأسر؛ لأنه قدم الموت على الحياة مع الأسر، واستشكال اللخمي ظاهر، وهذه الرواية مخالفة لما تقدم، إلا أن يأول أن العدو إذا أسروه لا يبقوه.

وإِذَا اؤْتُمِنَ الأَسِيرُ طَائِعاً لَمْ تَجُزِ الْخِيَانَةُ، وإِلا جَازَتْ ويَمْلِكُهُ، وكَذَلِكَ مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ ويَأْتِي بِمَالِ غَيْرِهِ، ولا يُخَمَّسُ

يدخل في قوله: (**وإِلا جَازَتْ**) صورتان: إذا لم يؤتمن، أو اؤتمن مكرهاً، وكذلك قال ابن بشير.

وفي اللخمي: لا يهرب ولو كان مكرهاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الضرر بالمسلمين والتضييق على من بأيديهم من الأسارى ويرون أن المسلمين لا يوفون بالعهد. وتكلم الأصحاب هنا على ما إذا اؤتمن على نفسه أو مال، والظاهر أن المصنف إنما تكلم على المال؛ لأن ذلك المتبادر من لفظ الأمانة؛ ولقوله: (**ويَمْلِكُهُ**) فإن الملك لا يكون إلا في المال. واختلف في النفس والمال. فقال سحنون: عليه أن يؤدي أمانته في نفسه وماله. وفي البيان عن المخزومي وابن الماجشون: له أن يهرب ويأخذ من أموالهم ويقتلهم وإن ائتمنوه، فإن أحلفوه فلا حنث عليه؛ لأن أصل يمينه الإكراه.

ونقل ابن عبد السلام وغيره عن مالك: أنه يهرب بنفسه لا بماله، وكذلك نقله في الكافي عن مالك، وقال: عليه أن يخرج ويكفر عن يمينه إن لم يكره عليها، وإن أكره فلا كفارة عليه، قال: وهو الصحيح. وفرق ابن المواز، فقال: إن كان ذلك بعهد ووعد فذلك يلزمه، وأما بالطلاق والصدقة فلا يلزمه ولا حنث عليه فيه لأنه مكره. وقاله ابن القاسم وزاد: وللأسير أن يسرق من مال العدو [٢٦٠/ أ] ولا يعاملهم بالربا. وقال أشهب: إن دفعوا إليه ثوباً يخيطه فلا يحل له أن يسرق منه؛ لأنه اؤتمن عليه.

ابن المواز: وما أقر به بعد تخلصه إلى بلد الإسلام أنه كان فعله من سرقة، أو زنًى، أو خيانة، أو ربا. فلا شيء عليه في السرقة، وأحب إلي أن يتصدق بقدر ما أربى به، أو خان، إذ لا يقدر على رد ذلك إلى أهله، واختلف في زناه، فقال ابن القاسم: يقام عليه الحد إن شهد عليه أو أقر وأقام على إقراره ولم يرجع، وقاله أصبغ، وسواء زنى بحرة أو مملوكة. وقال عبد الملك: لا حد عليه في زناه ولا في سرقته.

قوله: **(ولا يُخَمَّسُ)** راجع إلى المسألتين؛ لأن الحكم فيهما عدم التخميس، إذ لم يوجَفُ عليه بخيل ولا ركاب وهذا هو المشهور. وحكى في البيان عن ابن المواز: أن عليه الخمس إن كان أسر ببلد الحرب؛ لأنه لم يصل إلا بالإيجاف، بخلاف ما إذا أسر من بلاد المسلمين. قال: وقوله بعيد على أنه إنما ساقه في كتابه على أنه تفسير للمذهب.

ويَجبُ فِداءُ المُسْلِمِينَ

وهذا كقول مالك في العتبية: يجب على المسلمين فداء أسراهم بما قدروا عليه، كما يجب عليهم أن يقاتلوا حتى يستنقذوهم، وإن لم يقدروا على فدائهم إلا بكل ما يملكون فذلك عليهم. **الباجي**: والوجوب قول جمهور الأصحاب.

وسئل أشهب عن المفاداة بالخمر، فقال: لا يدخل في نافلة بمعصية، فسماه نافلة. المازري: ولعل أشهب ما قصد ما يدل عليه حقيقة، وإنما عبر بالنافلة لأنه لما كان الفداء لا يمكن أن يكون إلا بالخمر سقط وجوبه وصار من جهة السقوط كالنافلة التي لا تجب.

صاحب البيان: ويبدأ بالفداء من بيت المال، فإن عجز عنه بيت المال، فهو على جميع المسلمين على قدر أموالهم والأسير كأحدهم، فإن تعذر هذا وجب عليه أن يفدي نفسه من ماله. وفي الاستذكار: تقديم الأسير على جماعة المسلمين في فداء نفسه، ومقتضاه أنه قول مالك. وقال اللخمي: أرى أن يبدأ بمال الأسير ثم بيت المال، فإن لم يكن أو لم يتوصل إليه

فمن الزكاة على المستحسن من القول، فإن لم يكن فعلى جميع المسلمين على قدر الأموال إذا كان لا يستغرق أموالهم، وإن كان يستغرقها افتدي بجميعها.

وفِي الْمُفَادَاةِ بِالْخَمْرِ ونَحْوِهِ وآلَةِ الْحَرْبِ، ثَالِثُهَا: يُفَادَى بِآلَةِ الْحَرْبِ، ورَابِعُهَا: بِالْخَمْرِ ونَحْوِهِ دُونَهَا ....

المنع مطلقاً لابن القاسم، والجواز مطلقاً لسحنون، قال: ويبتاع لهم الخمر للفداء، هكذا نقل الباجي عنه. ونقل اللخمي، وصاحب البيان، وابن يونس عنه أنه قال: ويأمر الإمام أهل الذمة بدفع ذلك إليهم ليحاسبهم بذلك في الجزية. والقول بجواز المفاداة بالخيل والسلاح دون الخمر والخنزير وما أشبههما لابن الماجشون وأشهب؛ لئلا يتذرع إلى ملك الخمر وإشاعتها في أسواق المسلمين، والرابع عكس الثالث. ونسبه اللخمي وابن راشد لابن القاسم في الموازية؛ لأنهم يتقوون على المسلمين بآلة الحرب. وسبب الخلاف تعارض مفسدتين؛ إحداهما: إعانة الكفار بآلة الحرب والخمر. والثانية: بقاء المسلمين بأيديهم. وينبغي على هذا أن تتبع المصلحة الراجحة.

وفِي الْمُفَادَاةِ بِأَسَارَى الْعَدُوِّ الْمُقَاتِلَةِ قَوْلانِ

القول بالجواز لأصبغ؛ لما في مسلم: **أنه صلى الله عليه وسلم فدى أسيرين مسلمين بمشرك.** وقيده اللخمي بما إذا لم يخش بتسليمهم الظهور على المسلمين.

ابن عبد السلام: ولا شك أن منع المفاداة بآلات الحرب أنه يمنع المفاداة في هذا الفرع. انتهى. أما من لم يقاتل، فقال سحنون: لا بأس أن يفدوا بصغار أطفال المشركين إذا لم يسلموا، أو بالذمي إذا رضي الذمي وكانوا لا يسترقونه.

ولا يَرْجِعُ عَلَى الأَسِيرِ مُسْلِماً أَوْ ذِمِّيّاً وإِنْ كَانَ غَنِيّاً، إلا مَنْ يَقْصِدُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ، وإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، وقِيلَ: إِلاَّ فِيمَا يُمْكِنُ بِدُونِهِ وفِيمَنْ يُرْجَى خَلاصُهُ

الباجي: الذي عليه جمهور أصحابنا أنه يرجع على الأجنبي مطلقاً إلا أن يريد الصدقة، وعلى الأقارب الذين ليسوا من ذوى المحارم، ولا يرجع على أقاربه الذين يعتقون عليه.

ابن راشد: فجعل الرجوع على الأجنبي والقريب غير ذوي المحرم أصلاً، والمصنف جعل عدم الرجوع أصلاً إلا أن يقصد الرجوع، ويحتمل أن يكون ما قاله المصنف موافقاً للباجي بأن يريد إلا أن يُقصد بضم الياء على البناء لما لم يسمَّ فاعله؛ أي: لا يرجع إلا على من يقصد الرجوع عليه في العادة وهو الأجنبي، ومن ليس بذي محرم من الأقارب، وحمله على هذا أولى؛ لمطابقة كلام الباجي. انتهى.

وانظر قول الباجي الذي عليه جمهور أصحابنا، فإنه لم يذكر مقابل الجمهور. وعلى الرجوع، فقال الباجي: يرجع بمثل ما اشتراه به إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان مقوماً.

ابن عبد السلام: وفي الرجوع بالقيمة هنا نظر؛ لأن الفادي كالمسلف للأسير، والسلف يقضى فيه بالمثل إن كان السلف مثلياً.

قوله: (**وقِيلَ: إِلاَّ فِيمَا يُمْكِنُ...**) إلخ. هذا القول للَّخمي، استثنى صورتين:

الأولى: إذا أمكن الفداء بأقل مما فدى به فلا يلزمه إلا ذلك الأقل.

الثانية: أن يمكن الأسير التخلص من غير شيء فلا يلزمه شيء. ويشترط في الصورتين [٢٦٠/ ب] جميعاً عنده أن تكون قدرة الأسير على ما زعمه معلومة.

خليل: وينبغي أن يكون تقييداً، كما قالوا في الرجل يأتي بالبقر يحرث بها أرضه، فيغلط فيحرث أرض جاره ثم يطلب أجرة الحرث من جاره، فإن كان جاره يحرثها بنفسه وعبيده فلا شيء عليه، وإن كان إنما يحرثها بالأجرة فإنه يرجع عليه بها.

ولْيَتْبَعْ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيراً

يعني: إذا قلنا بالرجوع فلا يسقطه فقره بل تتبع ذمته. ابن راشد: وكذلك إن علم أنه فقير وفداه فإنه يرجع عليه، وهو قول ابن القاسم. وقال في المنفق على الصبي الفقير: لا يرجع عليه بما أنفق ورآه محتسباً. والفرق أن الكبير قادر على التكسب بخلاف الصبى. وقال بعض الأندلسين: لا يرجع على الفقير.

وفِي رُجُوعِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ بِالْخَمْرِ ونَحْوِهِ إِنْ كَانَ اشْتَرَى الْخَمْرَ لِذَلِكَ قَوْلانِ، بِخِلافِ الذِّمِّيِّ ....

لا إشكال أن الذمي يرجع بقيمة الخمر والخنزير ونحو ذلك، وأما المسلم فقال سحنون: لا يرجع بقيمة ذلك. **الباجي**: ويحتمل على قوله بإجازة الفداء بالخمر والخنزير أن يرجع على الأسير بثمن ذلك. **ابن عبد السلام**: ولا يوجد القول بالرجوع إلا ما قاله الباجي وجعله محتملاً.

فرع:

سحنون: ومن فدى خمسين أسيراً ببلد الحرب وفيهم الْمَليء والْمُعْدَم؛ فإن كان العدو قد عرف ذلك منهم قسم عليهم الفداء على تفاوت أقدارهم، وإن جهل العدو ذلك منهم قسم عليهم بالسواء؛ وإن كان فيهم عبيد فهم سواء وساداتهم بالخيار بين أن يفدوهم أو يسلموهم.

فَإِنْ كَانَ قَرِيباً لا يَرْجِعُ عَلَى مِثْلِهِ فِي الْهِبَةِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِمَّنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ فَلا رُجُوعَ إِلا أَنْ يَأْمُرَهُ مُلْتَزِماً عَلَى الأَصَحِّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارِفاً بِهِ رَجَعَ عَلَى الأَصَحِّ

قوله: (**لا يَرْجِعُ عَلَى مِثْلِهِ فِي الْهِبَةِ**) أي: هبة الثواب. وسيأتي ذلك في بابه إن شاء الله تعالى. ثم قسم المسألة على قسمين: تارة يكون عارفاً به، وتارة لا يكون عارفاً به. وذكر في العارف ثلاثة أقوال -وتصورها من كلامه ظاهر-: **الأول**: عدم الرجوع مطلقاً. **والثاني**: مقابله. **والثالث**: التصنيف.

ومراد المصنف بالقريب: من كان ذا محرم، وأما ذو الرحم وليس بمحرم فلا خلاف أنه كالأجنبي ويتبعه مطلقاً، قاله في المقدمات، وليس من الأقوال الثلاثة ما هو منصوص إلا القول الأول بعدم الرجوع، وهو قول ابن حبيب وسحنون.

والقول بالرجوع مطلقاً خرجه بعضهم من قول المغيرة في المكاتب يؤدي عمن معه في الكتابة أنه يرجع عليه، كان ممن يعتق عليه أم لا، وهكذا قال ابن راشد: إنه لم يقف إلا على القول بعدم الرجوع، وزعم ابن عبد السلام أن الثالث هو المنصوص، وفيه نظر؛ فإني لم أره في شيء من الأمهات، ثم كلامه يقتضي أن القول بنفي الرجوع مطلقاً ليس بمنصوص، وقد نقله ابن يونس والباجي وغيرهما.

وفي الكافي عن مالك، وابن القاسم أن من فدى قريباً لا يُعتق عليه كالخالات لا يرجع عليه، إلا أن يكون لم يعلم به حين الفداء، وأن من فدى من يعتق عليه فلا رجوع له عليه مطلقاً علم أو لم يعلم، ولا يقال هذا الثالث في كلام المصنف؛ لأن هذا القول فيه تفصيل بين العلم وعدمه، وكلام المصنف إنما هو مع العلم؛ لقوله بعد ذلك: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارِفاً**) وفي المقدمات إن كان قريباً يعتق عليه، فقال ابن حبيب: لا يتبعه. وقيل: لا يتبعه إذا علم. وهو الذي يأتي على ما في المدونة، واختلف إذا كان لا يعتق عليه، فقيل: إنه كالزوجة لا يتبعه إذا علم إلا إذا فداه بأمره. وقيل: كالأجنبي يتبعه في كل حال. وقوله: (**إِلا أَنْ يَأْمُرَهُ**) **ابن عبد السلام**: هو استثناء من تمام القول الثالث ويتعدى بالمعنى إلى القول الأول؛ يعني: أنه يقول بإسقاط رجوع الفادي إذا لم يأمره الأسير، فإن أمره الأسير بذلك ملتزماً للأداء رجع عليه على الأصح، وسواء كان ممن يعتق عليه أو لا، وهذا الأصح، نقله الباجي وغيره عن سحنون، والقول بعدم الرجوع مطلقاً لم أقف عليه، وهكذا قال، وكأنه رأى الحكم لما اقتضى عنده عدم الرجوع وصار التزامه لذلك كالتزام المكره، فلا يلزم وفيه بُعدٌ. وقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَارِفاً بِهِ رَجَعَ عَلَى الأَصَحِّ**) هذا هو القسم الثاني،

وهو إذا فدى قريبه غير عالم بأنه قريب له بل فداه على أنه أجنبي فإنه يرجع عليه على الأصح، سواء كان ممن يعتق عليه أم لا، وهو الذي يأتي على ما في المدونة على ما في المقدمات. وفرق ابن حبيب بين من يعتق عليه فلا يرجع عليه، وبين ما لا يعتق عليه فيرجع عليه، واقتصر عليه الباجي، وابن يونس.

فداء القريب لقريبه على ثلاثة أوجه: إن فداه وهو يعرفه لم يرجع عليه مطلقاً؛ كان ممن يعتق عليه أو لا، وإن فداه بأمره يرجع عليه مطلقاً، وإن فداه وهو لا يعرفه فلا يرجع على من يعتق عليه ويرجع على من سواه من الأقارب الذين لا يعتقون عليه وعلى الزوجين.

وَالزَّوْجَانِ كَالْقَرِيبَيْنِ فَلا رُجُوعَ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا يقتضي أن المشهور في الفرع السابق من الأقوال الثلاثة عدم الرجوع؛ لأنه إذا كان شبه القرابة مانعاً من الرجوع فالقرابة من باب الأولى، وهذا أحسن إذا ساعده النقل، والمنصوص [٢٦١/أ] في الزوجين إذا اشترى أحدهما صاحبه وكان عارفاً به عدم الرجوع، فإن لم يكن عارفاً به اتَّبعه بذلك في ملائه وعدمه، قاله ابن القاسم وابن حبيب، ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك؛ لكن أشار سحنون وغيره إلى تخريج قول بالرجوع من إحدى الروايتين بالقضاء بينهما بالعوض في الهبة، وعبد الحميد وغيره يقدحون في هذا التخريج بأن المسائل المبنية على العوائد لا تخرج عليها مسائل أخرى، إذ من الممكن أن تكون العادة جرت في أمر بصورة ولم تجر في نظيرها، ومن الممكن أن تسمح النفوس بالهدية دون الفداء، ولاسيما مع نزارة الهدية وكثرة الفداء.

وَإِذَا جَعَلَ الأَسِيرُ لِفَادِيهِ جُعْلاً، فَالْمَنْصُوصُ: يَسْقُطُ، وقِيلَ: إِلا أَنْ يَتَكَلَّفَ مَا لا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ واخْتِيرَ ....

قال ابن بشير: ولو جعل الأسير لمن فداه جُعلاً على فدائه، فنص الروايات أنه يسقط، وذلك ظاهر إذا لم يتكلف في ذلك مؤنة أو تكلفها وقد تعينت؛ فإن تكلف ما لا

يتعين عليه فينبغي أن يكون له من الأجر بحسب كلفته.انتهى. ونقل ابن عبد السلام مقابل المنصوص عن المتأخرين وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وإنما ظاهره على أن القول إذا تكلف يجب مجموع الجعل، وهو ظاهر ما علل به ابن راشد؛ لأنه قال: قاسه في القول الثاني على جواز الإجارة على الإمامة إذا انضم إليها خدمة المسجد، بجامع أن تكليف هذا ما لم يتعين عليه كتكليف الآخر خدمة المسجد، واختاره الأشياخ. انتهى.

وفِي كَوْنِ الْفَادِي أَحَقَّ مِنَ الْغُرَمَاءِ قَوْلانِ، بِخِلافِ مَا يَكُونُ مَعَهُ

يعني: إن فدي الأسير بمال وكان عليه دين، فهل يكون الفداء مقدماً أم لا؟ أما بالنسبة إلى ما قدم به من بلاد العدو فالفادي مقدم؛ لأن ما دفعه في مقابلة رقبته وما في يده، وأما بالنسبة إلى ماله الذي ببلاد الإسلام، فقال سحنون وعبد الملك: هو أيضاً أولى به؛ لأن الفداء آكد بدليل أنه يفادى بغير إذنه وبأضعاف قيمته، وقال ابن المواز: هو أسوة الغرماء وهو أقيس؛ لأن الفداء تعلق بذمته كالدين، وناقض ابن يونس، وابن زرقون قول محمد في هذه المسألة بما له أيضاً في أم الولد، وذلك أن عبد الملك قال في أم الولد: أن يشتريها من العدو أولى بما في يد سيدها من الغرماء قال محمد: صواب جيد.

وإِذَا اخْتَلَفَ الأَسِيرُ والْفَادِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَسِيرِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: اختلف في أصل الفداء وقدره، وظاهر كلام المصنف وفي جنسه؛ لكن لم أر المسألة في كتب الأصحاب إلا في أصل الفداء وفي قدره. والأصح رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، وابن الماجشون، ومطرف، وأصبغ: أن القول قول الأسير في إنكاره الفداء جملة وفي إنكاره بعضه إن أتى بما يشبه، سواء أخرجه من دار الحرب أم لا.

ابن حبيب: وقيل: إذا أقر الأسير أنه فداه واختلفا في قدر الفداء، صدق الفادي ويصير كالرهن في يديه، وهذا خلاف قول مالك. وكذلك قال سحنون: القول قول الفادي إذا

كان الأسير بيده، هكذا نقل الباجي. **ابن عبد السلام**: فالذي يظهر من هذا النقل أنه إن لم يكن في يديه فالقول قول الأسير، وإن كان في يديه فقولان. انتهى.

وظاهر كلام المصنف: (**فَالْقَوْلُ قَوْلُ الأَسِيرِ**) أن القول قوله ولو ادعى غير الأشبه، وهو قول ابن القاسم في العتبية. **ابن يونس**: يريد مع يمينه، واحتج ابن القاسم على ذلك بما قاله مالك: أنه لو أنكر الفداء أصلاً وقد خرجا من بلاد الحرب كان القول قول الأسير؛ لكن قال في البيان: إن القول قول الأسير، وإن ادعى ما لا يشبه ليس على أصولهم مراعاة دعوى الأشبه في التداعي؛ لاتفاقهما أنه فداه بذلك، بخلاف إذا ادعى أحدهما على صاحبه أنه فداه فأنكر، والذي يأتي على أصولهم إذا اختلفا في مبلغ الفدية أن يكون القول قول الأسير إن أتى بما يشبه، وإن أتى بما لا يشبه كان القول قول الفادي إن أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه حلفا جميعاً وكان للفادي ما يفدي به مثله من ذلك المكان، وكذلك إن نكلا جميعاً، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان له ما حلف عليه وإن لم يشبه؛ لأن صاحبه قد مكنه من ذلك بنكوله. انتهى.

واستشكل صاحب البيان قول من قال عن كون الأسير بيده: يرجح قول الفادي. قال: لأنه لما كان لا يباع لم يكن كالرهن، وليس كونه بيده دليلاً على قلة الفدية أو كثرتها، وإنما كان ينتفع الفادي بكون الأسير في يده إذا اختلفا في أصل الفداء؛ لأن كونه في يده دليل على أنه فداه.

الْمُقَاتَلُ بِهِ، وَيُقَاتَلُ الْعَدُوُّ بِكُلِّ نَوْعٍ، وبِالنَّارِ إِنْ لَمْ يُمْكِنْ غَيْرُهَا وخِيفَ مِنْهُمْ

المُقَاتَل: هو من يجوز قتاله من الكفار، وإنما صدر كلامه بالآلة؛ لأن قتل المقاتل إنما يكون بها، وأيضاً ليبين ما يجوز به القتال وما لا يجوز؛ يعني: أن العدو يجوز قتاله بسائر أنواع الحرب من رمي المجانيق، وإرسال الماء عليهم، وقطع الماء عنهم، وبالنار إذا لم يمكن غيرها، ولا خلاف أنه إذا خيف منهم ولم يكن غير النار أنهم يقتلون بها.

ابن راشد: والخلاف الذي حكاه إنما هو إذا لم يخف منهم وقدرنا عليهم بالنار وغيرها، فقال ابن القاسم وسحنون: لا يقاتلون [٢٦١/ ب] بها. وقيل: يقاتلون بها، ونسبه ابن عبد السلام لمالك. ومنشأ الخلاف ما في البخاري من حديث أبي هريرة قال: **بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث، فقال: «إن وجدتم فلاناً وفلاناً فأوقدهما بالنار»**. ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أردنا الخروج: **«إني أمرتكم أن تحرقوا فلاناً وفلاناً بالنار وإن النار لا يعذب بها إلا الله عز وجل»**. وحمل الحديث في القول الآخر على ما إذا صاروا في حكمهم وأما إذا امتنعوا، فيجوز عملاً بعموم الآية.

قال صاحب البيان وابن زرقون: الخلاف إنما هو إذا كانوا في حصن، أما إن كان العدو في سفينة ونحن كذلك، فلا خلاف في جواز رميهم وإن كان معهم النساء والصبيان؛ لأنهم إن لم يُرْمُوا بالنار رمونا بها.

وَإِنْ خِيفَ عَلَى الذُّرِّيَّةِ مِنَ النَّارِ تُرِكُوا مَا لَمْ يُخَفْ مِنْهُمْ، وَمِنَ الآلاتِ لَمْ يُتْرَكُوا، وفِيهَا: رَمَى أَهْلَ الطَّائِفِ بِالْمَجَانِيقِ ....

يعني: إذا خفنا على ذريتهم من النار لم يُرموا بها إلا أن يخاف منهم، وأما إن خيف عليهم من الآلات فإنهم لا يتركون، واستدل على ذلك في المدونة برميه عليه الصلاة والسلام أهل الطائف بالمجانيق. قوله: **(ومِنَ الآلاتِ)** عطف على النار، وحكى صاحب البيان وابن زرقون: إذا كانوا في الحصن ومعهم النساء والصبيان أربعة أقوال: أجاز أصبغ تحريقهم وتغريقهم ورميهم بالمجانيق. وحكى فضل عن ابن القاسم أنه لا يفعل بهم شيء من ذلك. وقال ابن حبيب: يغرقون ويرمون ولا يحرقون. وفي المدونة: يرمون ولا يحرقون ولا يغرقون. قال: وإن كان في الحصن مع المقاتلة أسرى مسلمون فلا يرموا بالنار ولا يغرقوا. واختلف في قطع الماء عنهم ورميهم بالمجانيق، فقيل: إن ذلك جائز، وهو قول ابن القاسم وأشهب. وقيل: لا يجوز، وهو قول ابن حبيب في الواضحة، وحكاه عن مالك

وأصحابه المدنيين والمصريين. انتهى. وفي ابن يونس: لا خلاف إذا كان مسلم في حصن العدو أنه لا يحرق ولا يغرق. واختلف إذا كان فيهم ذرية مشركون، فقيل: إنهم كالمسلمين. وقيل: بل يغرقون ونقطع عنهم المياه. ولم يختلف في رمي حصونهم بالمجانيق، وإن كان فيهم المسلمون أو ذرية مشركون، واختلف في رمي مراكبهم بالنار وفيهم مسلمون أو ذرية، فقيل: لا يرمون. وقيل: يرمون. وقيل: إن كان فيهم مسلمون لم يرموا وإن كان فيهم ذرية رموا. وكره مالك أن يقاتل العدو بالنبل المسموم، وقال: ما كان فيما مضى؛ ولأن ذلك قد يعاد إلينا.

ورَأَى اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ لو خَافَتْ جَمَاعَةٌ كَثِيرَةٌ مِنْهُمْ جَازَ قَتْلُ مَنْ مَعَهُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ولَوْ بِالنَّارِ، وهُوَ مِمَّا انْفَرَدَ بِهِ، كَمَا انْفَرَدَ بِالطَّرْحِ بِالْقُرْعَةِ مِنَ السُّفُنِ، وفِيهَا: الاسْتِدْلالُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: {لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَاباً أَلِيماً} ....

اللخمي: إذا كان العدو طالبين للمسلمين ولم يقدروا على حربهم إلا بالنار جاز قولاً واحداً، وسواء كان معهم نساؤهم وذراريهم أو لا، وأرجو إذا كان معهم النفر اليسير من المسلمين أن يكون خفيفاً؛ لأن هذه ضرورة، ويختلف إذا كان المسلمون الطالبين لهم فدفعوا عن أنفسهم بالنار هل يرمون بها. انتهى. فأباح قتل المسلمين بالنار معهم إذا كان العدو طالبين وخاف المسلمون منهم، وإلى هذا أشار بقوله: (**لو خَافَتْ جَمَاعَةٌ**) أي: من المسلمين منهم؛ أي: من الكفار. قال: وهو مما انفرد به تبعاً لابن بشير وليس بظاهر، فقد تقدم من كلام ابن يونس الخلاف، وكذلك حكى ابن رشد وابن زرقون في السفينة فيها العدو ومعهم أسرى مسلمون عن ابن القاسم أنهم لا يرمون بالنار، قال: وأجازه أشهب. فقول أشهب موافق لما قاله اللخمي، فإن قلت: يغتفر في السفينة ما لا يغتفر في غيرها. قيل: لما فرض اللخمي المسألة فيما إذا كان العدو هم الطالبين لم يتأت هذا، وأما مسألة الطرح من السفن بالقرعة، فالظاهر أن اللخمي انفرد بها، وإنما لم يوافق عليها لأنه لا يلزم مما قاله ارتكاب مفسدة محققة لأمر مظنون.

قوله: (**وفيها: الاستدلال**) لأن لفظ المدونة: وإن كان مسلم في حصن العدو أو مركبه لم أرَ أن يحرق أو يغرق؛ لقول الله عز وجل: ﴿ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ [الفتح:٢٥]. وقوله تعالى: ﴿ لَوْ تَزَيَّلُوا ﴾ أي: تميَّز المسلمون من الكفار.

أمَّا لَوْ خِيفَ عَلَى اسْتِئْصَالِ الإِسْلامِ احْتَمَلَ الْقَوْلَيْنِ كَالشَّافِعِيِّ

الظاهر: أنه يريد بالقولين مذهب المدونة ومذهب اللخمي؛ لأنه لما استدل فيها بقوله تعالى: ﴿ لَوْ تَزَيَّلُوا ﴾ علم أن مذهبه المنع. وقوله: (**كَالشَّافِعِيِّ**) أي: كما أن في مذهب الشافعي القولين. **ابن بشير**: وذكر الشافعي قولين إذا اتقى أهل الحرب بالمسلمين وكنا نخاف إن تركناهم من استئصال جمهور المسلمين. انتهى.

ابن هارون: وإنما قال المصنف: (**كَالشَّافِعِيِّ**) إما لأنه لما ذكر انفراد اللخمي بالمسألة السابقة ذكر أن محل النظر ما صوره الشافعية، واعترض عليه ابن راشد في قوله: (**كَالشَّافِعِيِّ**) قال: لأن الشافعي إنما يبيح الرمي مع القطع باستئصال المسلمين لا مع الخوف، وفيه نظر. وقد سألت جماعة من قضاة الشافعية، فقال كل واحد: في مذهب الشافعي قولان؛ **أحدهما** - وهو الصحيح -: أنه إذا خيف على استئصال المسلمين جاز قتل الترس. **والثاني**: أنه لا يجوز القتل إلا بأن [٢٦٢/ أ] يقطع باستئصال الإسلام. قالوا: وإنما صححنا الأول؛ لأن القطع غير ممكن. ولم يذكر ابن شاس إذا خيف على استئصال قاعدة الإسلام أو جمهور المسلمين خلافاً، بل قال: يسقط اعتبار الترس.

وَإِذَا أَسَرُوا عُجْماً أَوْ عُرْباً فَالإِمَامُ مُخَيَّرٌ فِي خَمْسَةٍ: الْقَتْلِ، أَوِ الاسْتِرْقَاقِ، أَوْ ضَرْبِ الْجِزْيَةِ، أَوِ الْمُفَادَاةِ، أَوِ الْمَنِّ بِالنَّظَرِ ....

حاصله: أنه بالخيار بين القتل والإبقاء، فإن قتل فلا تفصيل، وإن أبقى خير في أربعة أوجه: الاسترقاق، وضرب الجزية، والمفاداة، والمن.

وقوله: (**بِالنَّظَرِ**) راجع إلى الخمسة؛ يعني: أن التخيير إنما هو بحسب المصلحة ومتى وجد فيها أحسن تعين. ونص الباجي على أنه يجب على الإمام أن ينظر في ذلك بحسب الاجتهاد. قال في الجواهر: ولا يمنع من الاسترقاق كون المرآة حاملاً من مسلم، لكن لا يرق الولد إلا أن تكون حملت به في حال كفره ثم سبيت بعد إسلامه؛ فالحمل سبي. وأما المفاداة: فقد تقدم الكلام على جوازها بالأسرى، وأما بالمال فالمشهور جوازه خلافاً لسحنون. وقال ابن حارث: الخلاف إنما هو في مفاداة الرجال بالمال ولا خلاف في مفاداة النساء به.

ابن يونس: وفي المختصر الصغير ومن استحياه الإمام من الأسارى فلا يقتل، قال في المستخرجة: إلا أن يبقيهم الإمام فيرى فيهم رأيه فله قتل من رأى منهم. انتهى.

فإن أمسكه ليختبر ثمنه فله قتله، وإن أمسكه للبيع ثم بدا له، فقال ابن المواز: له قتله. وقال أصبغ: ليس له وهو الظاهر. **اللخمي**: وإن مَنَّ عليه لم يجز أن يحبسه عن الذهاب إلى بلده، إلا أن يكون قد اشترط عليه أن يبقى ليضرب عليه الجزية، فإن أبقاه للجزية لم يجز له أن يسترقه، ويجوز أن يفادي به برضاه. وإن أبقاه على وجه الاسترقاق جاز أن ينتقل معه إلى الجزية والمن والفداء. وإن أبقاه للفداء لم ينتقل إلى الجزية ولا للرق إلا برضاه.

فَلا يُقْتَلُ الضَّعِيفُ، ويُقْتَلُ مَنْ لا يُؤْمِنُ، ولا يمنُ عَلَى ذِي النِّكَايَةِ

لما قال: أولاً بالنظر ذكر هنا بياناً للنظر ومفهوم قوله: (**فَلا يُقْتَلُ الضَّعِيفُ**) أنه يقتل الشجيع وهو كذلك. قال في البيان: واختلف قول مالك إذا جهلت حالته في قوة النجدة هل يحمل عليها، وهو ظاهر قول مالك في المدونة، ويقتل من الأسارى من لا يؤمن؟ ألا ترى ما كان من أبي لؤلؤة؛ يعنى: قاتل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وقال مرة: لا يقتل إلا أن تتبين منه الفروسية، ووقع هنا نسختين؛ **إحداهما**: ويُمَنُّ كما ذكرنا. **والثانية**: ولا يُمَنُّ، وهما على معنيين؛ فإن فسرنا صاحب النكاية بكونه ينكي المسلمين بقتاله فيأتي لا يُمنُّ، وإن فسرنا صاحب النكاية بأنه إذا قتله المسلمون حصلت لأجله نكاية، بأن يكون كبيراً في قومه وليس فيه كبير نجدة فيأتي ويمن. والله أعلم.

والْمُرَاهِقُ الْمُقَاتِلُ كَالْبَالِغِ

ظاهره أنه مخير فيه بالخمسة المتقدمة. وقال اللخمي: يخير الإمام في النساء والصبيان في المن، والفداء، والاسترقاق دون القتل والجزية، وإن رأى استبقاء من قارب البلوغ ليضرب عليه الجزية لم يمنع. انتهى. فلم يذكر فيه القتل، لكن في النوادر عن ابن القاسم من رواية يحيى بن يحيى أنه قال في المرأة والصبي لم يحتلم يقاتلان ثم يؤسران: إن قتلهما جائز بعد الأسر كما جاز قبل ذلك، وعن ابن حبيب كذلك إن قاتل بالسيف والرمح لا بالحجارة إلا أن يقتل فيقتل وإن أسر، إلا أن يرى الإمام استحياءه، وكذلك المرأة. وعن ابن سحنون أنه قال لأبيه: بلغني أنك قلت: إن أُسِر الصبي أن الإمام فيه مخير في قتله وتركه، فأنكره وقال: لا يقتل إلا أن يُنْبِتَ. وذكروا خلافاً فيمن أنبت ولم يحتلم، فقال ابن القاسم: لا يقتل. وقال الأكثر: بل يقتل. وهذا مبني على أن الإنبات هل هو علامة للبلوغ أو لا؟ وسيأتي هذا المعنى إن شاء الله تعالى.

ولا يُقْتَلُ النِّسَاءُ ولا الصِّبْيَانُ، وفِي النِّسَاء الْمُقَاتِلاتِ، ثَالِثُهَا: إِنْ قَاتَلَتْ جَازَ. ورَابِعُهَا: عِنْدَ قِتَالِهَا. وفِيمَنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى الرَّمْيِ بِالْحِجَارَةِ قَوْلانِ

لما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر: **أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة، فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان.** وقال في الاستذكار: وأجمع العلماء على القول بذلك، والحكمة في ذلك -والله أعلم-: أن الأصل عدم إتلاف النفوس، وإنما أبيح منه ما يقتضي دفع المفسدة، ومن لا يقاتل ولا هو أهل القتال في العادة ليس في إحداث الضرر كالمقاتلين، فيرجع إلى الأصل فيهم وهو المنع، هذا مع ما في نفوس النساء والصبيان من الميل وعدم التشبث الشديد بما يكون عليه غالباً، فدفع عنهم القتل لعدم المقاتلة في الحال الحاضر ورجاء هدايتهم عند بقائهم.

والقول بقتلها إذا قاتلت لابن القاسم في الموازية.

والقول بأنها لا تقتل في كتاب ابن سحنون لعموم النهي.

والثالث لابن حبيب قال: إذا قاتلت إلا أن يرى الإمام استحياءها.

والرابع: -على ما ذكره المصنف- يقتضي أن الخلاف [٢٦٢/ ب] مطلق، والذي حكاه التونسي، واللخمي، والباجي، وابن بشير أنه لا يختلف في جواز القتل في حالة المقاتلة؛ لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى إلى قتلنا مع قدرتنا على المدافعة، وإنما الخلاف إذا أسرن وقد تقدم منهن قتال.

وقوله: (**وَفِيمَنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى الرَّمْيِ بِالْحِجَارَةِ قَوْلانِ**) قال ابن حبيب: لا يبيح ذلك قتلها، إلا أن تكون قتلت بما رمت به، ومثله روى ابن نافع عن مالك. قال صاحب النوادر، والباجي، وقال سحنون: يرميهن المسلمون بالحجارة وإن قتلن في ذلك، وظاهره أنهن لا يقتلن بغير ذلك، وعلى هذا ففي كلام المصنف إجمال؛ لأن ظاهره على القول بأنها تقتل أنها تقتل بكل شيء، نعم ذكر ابن بشير القول على نحو ما ذكره المصنف. وأما صياحها وحراستها واستعانتها فلا يوجب شيء من ذلك قتلها.

سحنون: ومن قتل من نهي عن قتله من صبي أو امرأة أو شيخ هرم، فإن قتله في دار الحرب قبل أن يصير في المغنم فليستغفر الله، وإن قتله بعد أن صار مغنماً فعليه قيمته، يجعل الإمام ذلك في المغنم.

وَيَلْحَقُ بِهِنَّ الزَّمْنَى وَالشَّيْخُ الْفَانِي وَنَحْوُهُمْ مِمَّنْ لا رَأْيَ لَهُ وَلا مَعُونَةَ

يعني: ويلحق بالنساء من ذكر بشرط عدم الرأي ومراده بـ(**نَحْوُهُمْ**) الفلاحون والأجراء وأهل الصناعات، ولا شك في جواز قتلهم إن قاتلوا، وإن لم يقاتلوا فقال سحنون: يقتلون، قال: ولم يثبت حديث العسيف وهو الأجير، وكذلك قال في الأعمى

والمقعد والمريض. وقال ابن الماجشون، وابن وهب، وابن حبيب: لا يقتلون. وذكره اللخمي عن مالك قال: وهو أحسن في أهل دينهم كالمستضعفين.

وفي الموطأ: **أن أبا بكر - رضي الله عنه- قال ليزيد بن أبي سفيان حين بعثه أميراً إلى الشام: إنك ستجد قوماً زعموا أنهم قد حبسوا أنفسهم لله، فذرهم وما زعموا أنهم حسبوا أنفسهم له، وستجد قوماً فحصوا عن أوساط رءوسهم من الشعر، فاضرب ما فحصوا عنه بالسيف، وإني موصيك بعشر: لا تقتلن امرأة، ولا صبياً، ولا كبيراً هرماً، ولا تقطعن شجراً مثمراً، ولا تخربن عامراً، ولا تعقرن شاة ولا بعيراً إلا لمأكلة، ولا تحرقن نخلاً ولا تغرقنه، ولا تغلل، ولا تجبن.** وقوله: فحصوا عن أوساط رءوسهم. ابن حبيب: يعني الشمامسة. وقال بعضهم: هم رهبان الكنائس.

وكذلكَ الرَّاهِبِ فِي دَيْرٍ أَوْ صَوْمَعَةٍ غَيْرِ الْمُخَالِطِ بِرَأْيٍ عَلَى الْمَشْهُورِ

حاصله: إن اجتمع في الراهب الانقطاع عن أهل ملته حساً بأن كان في الصوامع أو في الأديار. أو حكماً بأن لا يخالطهم برأي، فالمشهور أنه لا يقتل؛ لما رواه ابن أبي شيبة من حديث ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم: **أنه كان إذا بعث جيوشه قال: «لا تقتلوا أهل الصوامع»**. ولوصية أبي بكر رضي الله تعالى عنه. وروي عن مالك القتل ذكره في البيان، فإن لم ينقطع عن أهل ملته حساً بل كان في الكنائس قتل، قاله ابن حبيب وغيره. قال في كتاب ابن سحنون: إذا وجد راهب قد نزل من صومعته وهو منهزم مع العدو فأخذ، فقال: إنما نزلت وهربت خوفاً منكم أنه لا يعرض له، وكذلك لا خفاء في قتله إذا أشار عليهم. وفي كتاب ابن سحنون: إذا مروا براهب فلا يستخبرونه عن شيء من أمر عدوهم.

سحنون: ومن ترهب ببلد في دار الإسلام ولحق بدار الحرب سبيله سبيل الراهب، قيل: فكيف يعرفون أنه راهب؟ قال: لهم سِيَماً يعرفون بها. قال: وكذلك إذا وجد الراهب في دار أو غار فهو كأهل الصوامع.

ابن حبيب: ولم ينه عن قتل الرهبان لفضل ترهبهم، بل هو أبعد من الله من غيرهم؛ لشدة كفرهم، ولكن لتركهم أهل دينهم فكانوا كالنساء. وقيل لمالك: ربما أَسَرَى المسلمون سرية فيعلم بهم الراهب فيخافون أن يدل عليهم فينزلونه ليكون معهم، فإذا أمنوا أرسلوه. قال: ما سمعت أنه ينزل من صومعته.

وعَلَى تَرْكِهِ يَكُونُ حُرّاً ويُتْرَكُ لَهُ مَا يَقُومُ بِهِ لا الْمَالِ الْكَثِيرِ عَلَى الأَشْهَرِ

الأشهر ومقابله لمالك، والأشهر مذهب المدونة، ففيها: يترك لهم من أموالهم ما يعيشون به ولا تؤخذ كلها فيموتون جوعاً. فقوله: ولا تؤخذ كلها. فيه دليل على أنه يؤخذ منهم ما زاد على الكفاية. وكذلك قال في العتبية: يترك لهم قدر ما يصلحهم. وكذلك قال في الجلاب: ولا تؤخذ أموالهم إلا أن يكون فيها فضل عن كفايتهم فتؤخذ فضولها. وفي التلقين: تترك لهم أموالهم، إلا أن تكون كثيرة فتؤخذ ويترك لهم اليسير.

وقال سحنون: يترك للراهب من ماله ما يعيش به الأشهر، والشيخ الكبير بمنزلة الراهب فيما يترك له من العيش والكسوة. ونقل في البيان عنه: أنه لا يترك للراهب والشيخ إلا ما يستر عورته ويعيش بها الأيام. وقال اللخمي: قال مالك: ويترك له مثل البقرتين والغنيمات وما مثله يكفيه، والمبقلة والنخيلات، ويؤخذ ما بقي أو يحرق، ولكن تأول في البيان ما وقع لمالك في العتبية: أنه إنما يترك لهم ما يصلحهم، على ما إذا وجدنا عندهم أموالاً وادعوا أنها لهم ولم نصدقهم. قال: وأما لو صدقناهم لتركناها لهم وإن كثرت. وأبقى غيره الرواية على ظاهرها: إنه يترك لهم ما كثر [٢٦٣/ أ] ولو علم أن ذلك لهم. وقول ابن عبد السلام: إن أكثر الروايات أنه يترك لهم الجميع، والتفصيل بين الكثير والقليل هو مذهب سحنون، ليس بظاهر لما ذكرناه.

وفِي الرَّاهِبَاتِ مِثْلُهُمْ قَوْلانِ

ألحقهن مالك في العتبية بالرجال، وقال: إنهن أحق بذلك. وقال سحنون باسترقاقهن؛ لأن الترهب لما منع قتل الرجال تبعه منع الاسترقاق، ودم المرأة لم يمنع منه الترهب، وإنما هو ممنوع بالشرع فلم يكن هناك أصل يتبعه الاسترقاق.

ومَنْ وُجِدَ فِي أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ أَوْ بَيْنَ الأَرْضَيْنِ وشُكَّ فِي أَنَّهُمْ حَرْبٌ أَوْ سِلْمٌ، فَقَالَ مَالِكٌ: هَذَا أَمْرٌ مُشْكِلٌ ....

قال: (**وشُكَّ**) لأنه إن قامت أمارة على أنه جاء للحرب أو السلم عمل عليها؛ وأما إن لم تعلم أمارة أو قامت ولكنها تعارضت، فقال مالك في المدونة: في العلج يلقاه المسلمون ببلد العدو وهو مقبل إلينا، فيقول: جئت أطلب الأمان، هذا أمر مشكل ويرد إلى مأمنه. وقال في العتبية: لا يقبل منه. ابن القاسم في العتبية: وإن أخذ ببلدنا فقال: جئت أطلب الفداء، قبل قوله إن أخذ بفور وصوله ولا يكون فيئاً، وإن لم يظهر عليه إلا بعد طول إقامة بين أظهرنا لم يقبل منه قوله ويسترق، وليس هو لمن وجده، ولا يقتل إلا أن يعلم أنه جاسوس فيقتل. وقال ابن حبيب وعزاه لمالك: إن كانوا من بلد اعتادوا الاختلاف منه فيما ادعوه من الفداء، أو التجارة، أو الاستئمان قبل قولهم وردوا إلى مأمنهم، وإلا فهم فيء، وبه قال سحنون وعيسى؛ وهو قول ربيعة في المدونة. وعن سحنون: أنه فيء إذا أخذ ببلدنا، سواء أخذ بقرب دخوله أو بعد طول. وفي كلام المصنف نظر من أوجه:

أولها: كونه أسقط من قول مالك: ورد إلى مأمنه. وهو في نص المدونة كما ذكرنا، وقد ذكره اللخمي وابن يونس على أنه من كلام مالك.

ثانيها: أن قوله: (**فَقَالَ مَالِكٌ**) هذا مشكل يقتضي أن مالكاً قال ذلك فيما إذا وجد في أرض المسلمين أو بين الأرضين، وإنما نص مالك على من أخذ ببلد العدو، وألحق ابن

القاسم به الذي ينزل بساحتنا تاجراً قبل أن يعطى الأمان، صرح بذلك ابن يونس وغيره. وقال ابن محرز: سمعت من يقول معنى قول مالك أنهم لقوه وقد انفصل من بلده ولم يدخل بلدنا، وأما لو وجدوه في بلدهم أو بلدنا لم يقبل قوله، ولم يكن في ذلك إشكال، وعلى هذا فيكون قول ابن القاسم مخالفاً.

ثالثها: إن مفهوم كلام المصنف أن الذمي إذا أخذ ببلد العدو أنه لا يكون من محل الإشكال وليس كذلك كما ذكرنا. **ابن يونس**: وتحصيلها أنه إن أخذ ببلد الحرب وهو مقبل إلينا وقال: جئت لأطلب الأمان، قيل: يقبل منه ويرد إلى مأمنه، وقيل: لا يقبل منه. وإن أخذ ببلد الإسلام، فقال: جئت للإسلام، فقيل: إن أخذ بقرب دخوله قبل منه ورد إلى مأمنه، وإن أخذ لبعد لم يقبل منه، وليس لمن وجده ويرى فيه الإمام رأيه. وقيل: ذلك سواءٌ وهو فيء ويرى الإمام رأيه، ولا خلاف فيمن أتى تاجراً، فيقول: ظننت أنكم لا تعرضوا لمن أتى تاجراً أنه يقبل منه ويرد إلى مأمنه، ولا خلاف أيضاً أنه إذا لم يكن معهم تجارة وتبين كذبهم، أو تكسرت مراكبهم ومعهم السلاح، أو نزلوا للعطش بلا أمان أنهم فيء.

وعلَى أَنَّهُمْ حَرْبٌ فَلا يَجُوزُ الْقَتْلُ عَلَى الأَشْهَرِ

في هذا الكلام نظر؛ لأنه كيف يحكم على أحد المحتملين المتساويين من غير ترجيح، وكأن المصنف -والله أعلم- قصد اختصار كلام ابن بشير؛ لأنه قال: إن علم أنهم أهل حرب حكم فيهم بحكم أهل الحرب، وإن علم أنهم مستأمنون حكم فيهم بحكم المستأمنين، وإن شك فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن الأصل إراقة دمهم فمع الشك يرجع إلى الأصل.

والثاني: لا يستبيحهم إلا مع تيقن الإباحة، وإذا شككنا فإراقة الدم لا يقدم عليها مع الشك، قال: وكل ما في المذهب من الروايات فإلى هذا التقسيم يرجع، لكن إذا قلنا: إنهم فيء فهل يقتصر فيهم على الأسر وما ذكر معه دون القتل، أو يجوز قتلهم؟ قولان:

أحدهما: الاقتصار على الأسر لعظم أمر الدم.

والثاني: جوازه نظراً إلى الأصل في إراقة دمهم. انتهى.

وهذان القولان الأخيران في كلام ابن بشير هما القولان في كلام المصنف، لكن ابن بشير إنما ذكر الخلاف بعد أن ذكر أولاً قولين، والمصنف لم يذكر في المسألة خلافاً ابتداء؛ فلذلك صار كلامه مشكلاً.

أَمَّا إِذَا حَصَلَ الظَّنُّ بِأَحَدِهِمَا عُمِلَ عَلَيْهِ عَلَى الأَصَحِّ

كلامه يقتضي حصول الخلاف مع ظن الصدق وظن الكذب ولم أر ذلك، بل صرح اللخمي فيه بنفي الخلاف؛ لأنه قال: إن قام دليل على صدقه كان آمناً ولم يسترق، وإن قام دليل على كذبه لم يقبل قوله وكان رقيقاً. وإن لم يقم دليل على أحدهما فهو موضع الخلاف، فإن قال: جئت رسولاً ومعه مكاتبة، أو جئت لفداء ومعه من يفديه، أو لقريب لي وله قرابة بذلك البلد كان دليلاً على صدقه. وإن قال: جئت أطلب الأمان وقد خرج إليهم عسكر المسلمين فوجد على طريق جيش بلا سلاح كان أمره مشكلاً، وإن لم يكن مقبلاً إلينا ولا على طريقهم لم يصدق. ونحوه لابن يونس، قال: لا خلاف فيمن أتى تاجراً، فيقول: ظننت أنكم لا تتعرضون [٢٦٣/ ب] لمن أتاكم تاجراً أنه يقبل قوله أو يرد إلى مأمنه، ولا خلاف إن لم تكن معهم تجارة وتبين كذبهم أو انكسرت مراكبهم ومعهم السلاح، أو ينزلون للعطش بغير أمان أنهم فيء ويرى الإمام فيهم رأيه من بيع، أو قتل، أو فداء وليسوا لمن وجدهم ولا يخمسون. انتهى.

وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام: أنهما لم يقفا على مقابل الأصح، زاد ابن عبد السلام: وما وجدت أحداً ممن تكلم على هذه المسألة ممن يعتبر قوله ذكر قولاً بالقتل في محل الإشكال وإذا انتفى القتل في محل الإشكال كان انتفاؤه مع أمارة صدق الرومي أولى، وكلام المصنف يدل على وجود الخلاف في ذلك. انتهى. وقد قدمنا من كلام ابن

بشير قولاً بالقتل في محل الإشكال، وكذلك ذكر المازري فيه قولين، ثم قال: وهذا الخلاف إذا ادعى أنه طالب للأمان، وأما إن لم يعتذر بعذر فظاهر المذهب أنه يستباح، وكذلك ظاهر المذهب تطرق التهمة إلى من حصل في بلادنا مغلوباً كمن ردته الريح إلينا بخلاف من لقيناه يمشي طائعاً إلينا.

التونسي: وإذا وجد في أسواق المسلمين ومدائنهم لم يقبل قوله؛ لأنه لو كان صادقاً لأخبر بذلك أول دخوله، ولو قال: فلان أعطاني الأمان فأنكر فلان لم يقبل قوله على فلان ورأى فيه الإمام رأيه. وقال أصبغ: إذا أنكر فلان، فالإمام مخير إن شاء أَمَّنَهُ أو رده إلى مأمنه، ولم يعجب محمداً ما قال أصبغ، وقال: إن شاء رأى الإمام فيه رأيه.

وَأَمَّا مَنْ نَزَلَ بِأَمَانٍ فَبَاعَ وَرَجَعَ فَرَدَّتْهُ الرِّيحُ قَبْلَ وُصُولِهِ، فَهُوَ عَلَى أَمَانِهِ

يعني: وأما لو نزل حربي بتجارة بأمان فباع واشترى ثم ذهب فردته الريح فهو على أمانه، وظاهر المدونة: أنهم على أمانهم سواء خرجوا من بلاد الإسلام أم لا، رمتهم الريح إلى بلد السلطان الذي أعطاهم الأمان أم لا. ففيها: وإذا نزل تجار بأمان فباعوا وانصرفوا فأينما رمتهم الريح من بلد الإسلام فالأمان لهم ما داموا في تجرهم حتى يردوا بلادهم. ولأصبغ: لهم الأمان إلا أن يفارقوا بلاد الإسلام. وقال ابن المواز: لهم حتى ينالوا مأمنهم من بلدهم. وقال ابن الماجشون: الأمان مقصور على بلد السلطان الذي أمنهم، واختلف الشيوخ في هذا الخلاف، فرأى المازري أن هذا الخلاف كله راجع إلى شيء واحد، وهو ما قصده المؤمن بالتأمين هل قصده العموم أو لا؟ وعلى هذا فمتى تحقق قصد المؤمن العموم فالاتفاق على ذلك، ولعل المصنف ممن سلك هذه الطريقة لعدم تعرضه للخلاف مع شهرته، وحمل ابن يونس ذلك على الخلاف، فإنه قال: تحصيل الخلاف في هذه المسألة؛ قيل: لهم الأمان حتى يصلوا إلى بلادهم، وقيل: حتى يقاربوا مأمنهم. فإن رجعوا بعد بلوغهم إلى مأمنهم بريح غالبة أو مختارين، فقيل: الإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء

ردهم، وقيل: بل هم حل. وقيل: إن رجعوا مغلوبين فالإمام مخير إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم، وإن كانوا مختارين فهم حل. وإن هو وقع، إذا رجع لغير السلطان الذي أمنه، فقيل: هو مثل الذي أمنه سواء، وقيل: بل هو حل له ولا أمان له، رجع إليه أو لقيه في البحر بقرب أو بعد من موضع خرج منه. وأما إن لم يبلغ مأمنه فرجع إلى موضع كان آمناً فيه كان عليه إنزاله ولم يمنعه. انتهى. ابن رشد: وإذا غنم العدو في بلد المسلمين شيئاً من أموال المسلمين، ثم غنمه المسلمون منهم قبل أن يصلوا به إلى بلادهم، فهل يقسم إذا لم يعرف صاحبه أم لا؟ وهل يأخذه صاحبه إن قسم بثمن أم لا؟ وأنه كان يختلف عندهم في ذلك، وهذه المسألة أصل لذلك.

وَيَجُوزُ قَتْلُ الْعَيْنِ وَإِنْ كَانَ مُسْتَأْمَناً

العين: هو الجاسوس، فيقتل ولو قدم بأمان، وهو مراده بقوله: (**مُسْتَأْمَناً**). سحنون: إلا أن يسلم فلا يقتل ويكون كأسير أسلم.

فرع: وكذلك الذمي يكون عندنا فيتبين أنه عين فلا عهد له. سحنون: ويقتل.

اللخمي: يريد إلا أن يرى الإمام استرقاقه.

واختلف في المسلم يظهر أنه عين على خمسة أقوال: قال مالك في العتبية: ما سمعت فيه شيئاً ويتخير فيه الإمام. وقال ابن وهب: يقتل إلا أن يتوب. وقال ابن القاسم: لا يعرف لهذا توبة، وقاله سحنون. وقال عبد الملك: إن كان معتاداً لذلك قتل، وإن ظن به الجهل وعرف بالغفلة وأن مثله لا عورة عنده، وكان منه المرة وليس من أهل الطعن على الإسلام فلينكل.

سحنون: وقال بعض أصحابنا يجلد جلداً منكلاً ويطال حبسه وينفى من موضع يقرب فيه من المشركين.

وَإِذَا دَخَلَ بِلادَ الْحَرْبِ وَلَمْ تُرْجَ قَطِعَ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ وَحُرِّقَ وَخُرِّبَ

يعني: إذا دخل المسلمون بلاد الحرب ولم ترجَ أن تصير للمسلمين، جاز قطع أشجارهم وتحريقها وتخريبِ بنائهم؛ لأن ذلك من التضييق عليهم وفيه إضعاف لأمرهم، وليس ذلك أكثر من إباحة قتلهم. سحنون: وأصل نهي الصديق - رضي الله عنه - عن قطع الشجر وخراب العامر؛ إنما يكون ذلك فيما يرجى مصيره للمسلمين.

وَفِي النَّحْلِ خَاصَّةً قَوْلانِ

النَّحْلِ بالحاء المهملة، وهذا كالاستثناء من قوله: (حرق وخرب) يعني: أن هذا إنما هو في غير النحل. واختلف في إتلاف النحل على قولين، [٢٦٤/ أ] حكى الباجي روايتين فقال: روى ابن حبيب عنه: جواز ذلك فيه. وروى غيره: أنه كرهه. قال: وهذا إذا لم تدع إليه حاجة، وأما إن احتيج إلى ذلك ولم يمكن إلا بتحريقها أو تغريقها فعل من ذلك ما يتوصل به إلى ما في أجباحها، وكذلك قال التونسي. وقاس من قال بالجواز ذلك على سائر أموالهم، ومن منع تمسك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم والصديق عن ذلك كما تقدم. وأشار المازري إلى أن محل الخلاف إنما هو إذا كانت كثيرة بحيث يكون لهم في ذلك نكاية، وأما إن كانت يسيرة بحيث لا نكاية للعدو في إتلافها فإنها تترك.

فَإِنْ رُجِيَتْ جَازَ إِنْ كَانَ إِنْكَاءً

هذا قسيم قوله أولاً: (ولم ترج) وحاصله: أنه لا يجوز مع الرجاء إلا بشرط حصول النكاية لهم بذلك.

وما عُجِزَ عَنْ حَمْلِهِ أُتْلِفَ مِمَّا لَهُمْ أَوْ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ آكِلِي الْمَيْتَةِ حُرِّقَ الْحَيَوَانُ بَعْدَ قَتْلِهِ ....

يعني: أن للمسلمين إذا قدروا على مال الكفار وعجزوا عن حمله أو عن حمل بعض متاعهم فإنهم يتلفونه؛ لئلا ينتفع العدو به، وسواء الحيوان وغيره على المشهور المعروف.

وروى ابن وهب أنه لا يتلف الحيوان لغير مأكلة؛ لعموم نهي الصديق وهذا في غير مراكبهم، وأما مراكبهم فلا خلاف في جواز قتلها وإتلافها بكل ما يجوز به قتل راكبيها. قال المازري: وعلى المشهور فبماذا يتلف الحيوان؟ قال المصريون من أصحاب مالك: تعرقب وتذبح ويجهز عليها. وقال المدنيون: يجهز عليها، وكرهوا أن تعرقب وتذبح. قال ابن حبيب: لأن الذبح مثله، والتعرقب تعذيب.

المازري: واختار بعض أصحابنا الذبح؛ لأنه أروح للحيوان. واستشكل الباجي وغيره قول ابن حبيب: الذبح مثله؛ لأنه مباح فيما نهي عن التمثيل به، وإنما كره -والله أعلم- لأنه قد يكون فيها مثل الخيل ونحوها فيكون وسيلة إلى أكلها وتشكيكاً للعوام في إباحة الأكل، ونَزَّلَ ابن بشير قول المصريين والمدنيين على أنه خلاف في حال، فإن أمكن أن يحتاج إليه المسلمون لم يتلف عليهم بالإجهاز، وإن لم يحتاجوا إليه أتلف.

قوله: (**فَإِنْ كَانُوا مِنْ آكِلِي الْمَيْتَةِ حُرِّقَ الْحَيَوَانُ بَعْدَ قَتْلِهِ**) كذا قال جماعة. الباجي، وابن بشير وغيرهما وهو ظاهر، وإن كان ابن القاسم قال: ما سمعت في الدواب أنها تحرق بعد عرقبتها.

فرع: وإذا عجزنا عن حمل النساء والصبيان والشيوخ، فإن كنا تركناهم في بلاد الحرب ثم جاء غيرنا فأخذهم فإنهم لمن أخذهم؛ لأنه لم يملكهم ملكاً تاماً، وأما إن تركناهم في حوز الإسلام فذلك كالإعتاق ولا سبيل لأحد عليهم، نقله ابن حبيب عمن يرضاه، واعترض ابن يونس قوله في الوجه الأول وأشار إلى أنه ينبغي أن يكونوا أحراراً كما في الوجه الثاني، وقال: كيف لم يملكهم ملكاً تاماً وهو له أن يطأ ويبيع ولو أعتق لم يكن له فيه رجوع، وقد قال محمد عن أشهب: فيمن اشترى شيئاً من السبي فعجز عن بعضه فتركه، فدخلت خيل أخرى فأخذته فهو لصاحبه الأول. وقول محمد صواب ما لم يكن رقيقاً أعتقهم فتركهم على العتق.

وَيَجُوزُ لأَمِيرِ الْجَيْشِ إِعْطَاءُ الأَمَانِ مُطْلَقاً ومُقَيَّداً قَبْلَ الْفَتْحِ وبَعْدَهُ، ويَجِبُ عَلَيْهِ اعْتِبَارُ الْمَصْلَحَةِ ....

لأن الأمير قد يرى المصلحة للمسلمين في تأمين العدو أو بعضهم إما مطلقاً، أو مقيداً بزمان أو مكان أو صفة. **ابن بشير**: ولا خلاف بين الأمة في ذلك، وإذا جاز هذا لأمير الجيش فلأن يجوز لأمير المسلمين أولى ووجب عليه اعتبار المصلحة؛ لأنه وكيل على المسلمين، والوكيل إنما يتصرف على هذا الوجه ولا يجوز له اتباع هواه، فإن قلت: ينبغي أن يحمل قوله: (**مُطْلَقاً**) على ما عدا هذه الأمكنة؛ لأن المذهب اختلف في المستأمن بأمان سلطان إذا خرج إلى سلطان آخر هل يستبيحه هذا السلطان أم لا؟ قيل: إن بنينا على ما قاله المازري وغيره: من أنه لا خلاف في المسألة، كان ما ذكره المصنف من الإطلاق متفقاً عليه. وإن بنينا على ما قاله ابن يونس: أن المشهور تعميم الأمان، خلافاً لابن الماجشون في قصره ذلك على بلد السلطان، يكون كلام المصنف جارياً على المشهور. والله أعلم.

فرع: ليس لأحد الناس أن يعقد الأمان لأهل إقليم، وإن وقع فالإمام مخير في إمضائه، وإنما ذلك للسلطان، هكذا قال غير واحد.

وكَذَلِكَ كُلُّ ذَكَرٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ، أَوْ مُجَازٍ أَجَازَهُ الإِمَامُ قَبْلَ الْفَتْحِ. وقِيلَ: إِنْ كَانَ صَوَاباً

تقدم أن الإقليم لا يعطي أهله الأمان إلا الأمير، فكلام المصنف ليس على إطلاقه، وكلامه مشتمل على خمسة شروط؛ لأن قوله: (**حُرٌّ**) يفهم منه الذكورية.

وقوله: (**وكَذَلِكَ**) أي: يجوز تأمينه وليس للإمام رده، وهو قول مالك وابن القاسم. وقال ابن الماجشون: الإمام مخير بين أن يمضيه أو يرده، وإلى حمل قول ابن الماجشون على الخلاف ذهب عبد الوهاب والباجي وغيرهما، وهو ظاهر كلام المصنف.

الباجي: ودليل قول مالك قوله صلى الله عليه وسلم: «**يسعى بذمة المسلمين أدناهم**». وقال ابن يونس: [٢٦٤/ ب] وأصحابنا يحملون قوله على أنه ليس بخلافٍ، خلاف ما تأوله عبد الوهاب. انتهى. وبعض من حمل كلام ابن الماجشون على الخلاف رأى أن ابن القاسم، وابن الماجشون لم يختلفا في أن الإمام مخير، وإنما اختلفا في صفة التخيير، فابن القاسم يقول: هو مخير بين أن يجيز أو يرده إلى مأمنه، وغيره يقول: هو مخير بين أن يجيز أو يرده فيئاً.

تنبيه: نص ابن حبيب على أنه لا ينبغي التأمين لغير الإمام ابتداءً، وهو خلاف ظاهر كلام المصنف؛ لأن قوله: (وكذلك) يقتضي جواز ذلك ابتداءً، إذ لا خلاف في جوازه للإمام ابتداءً. وظاهر المدونة ككلام المصنف، ففيها: ويجوز أمان المرأة والعبد والصبى إن عقل الأمان. ويحتمل: يجوز إن وقع، وكذلك اختلف في كلام ابن حبيب هل هو موافق للمدونة أو مخالف.

وقوله: (**قَبْلَ الْفَتْحِ**) يريد ما لم يتعلق للمسلمين حق؛ فقد نص سحنون على أنه إذا أشرف المسلمون على أخذ الحصن وتيقن أخذه، فأمنهم رجل من المسلمين أن للإمام رد تأمينه.

وَفِي أَمْنِهِمْ بَعْدَ الْفَتْحِ قَوْلانِ

ظاهر كلام المصنف أن الخلاف عام في حق من أمنه وفي حق غيره، وأنه عام في القتل والاسترقاق وليس كذلك، بل يجوز لمن أمنه قتله اتفاقاً، والخلاف إنما هو في القتل لا في الاسترقاق؛ لأنه صار مملوكاً. والقول بسقوط القتل لابن القاسم، وابن المواز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**يسعى بذمتهم أدناهم**». قال سحنون: لا يحل لمن أمنه قتله، وأما الإمام فإن شاء قَتْلَه فعل، وإن شاء أمضى أمانه وكان فيئاً. وقوله: (**وَفِي أَمْنِهِمْ**) يحتمل أن يكون من إضافة المصدر إلى الفاعل؛ أي: وفي أمن المسلمين للعدو. ويحتمل أن يكون مضافاً للمفعول؛ أي: وفي أمن الكفار. والمعنى سواء، والظاهر أن تقديره: وفي

إمضاء أمنهم؛ لأن ابن القاسم وغيره إنما تكلموا على ذلك بعد الوقوع، وكذلك نقل ابن بشير، ولفظه: وأما إذا وقع الفتح، فإن أمنه الأمير صح تأمينه، وإن أمنه غيره فهل يصح تأمينه فيكون مانعاً من القتل؟ قولان.

وَفِي ثُبُوتِهِ مِنْهُمْ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ قَوْلانِ

قال بعضهم: هذا الخلاف مبني على قول سحنون القائل بعدم إجازة التأمين بعد الفتح، فإذا ادعى أنه أَمَّنَه قبل الفتح فهل يقبل -لأن الأصل الصدق، وهذا قول ابن القاسم، وأصبغ- أم لا؟ ولابد في ذلك من شاهدين، وهو قول سحنون. وهذا ظاهر؛ لأن من يجيز التأمين بعد الفتح لا يحسن بناء هذا الخلاف عليه، إذ لا يتهم حينئذٍ؛ لأنه إن صدقه الإمام في ذلك مضى، وإن لم يصدقه استأنف له الإمام حينئذٍ. وقال ابن عبد السلام: عندي أن هذين القولين يأتيان على قول ابن القاسم أيضاً. قال ابن القاسم في ذلك: وهذا الخلاف فيما عدا الإمام، وأما الإمام فيقبل منه بغير تفصيل.

وَأَمَانُ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ إِنْ عَقَلَ الأَمَانُ مُعْتَبَرٌ عَلَى الأَشْهَرِ

الأشهر مذهب المدونة، وروى أبو الفرج عن مالك: لا أمان للثلاثة؛ وقال سحنون وابن حبيب: إما أن يوفى له بذلك أو يرد إلى مأمنه، وأما القتل فلا.

ابن عبد السلام: وانظر فيما حكاه أبو الفرج هل له أن يقتل من أمنوه إذا لم يجزه؟ وعن سحنون في العبد إذا أذن له سيده في القتل صح أمانه، وإلا فلا. وقيل: إن قاتل العبد صح أمانه وإلا فلا. الباجي: ولا خلاف في اعتبار العقل في لزوم الأمان وصحته. ومعنى قوله: (**عَقَلَ الأَمَانُ**) أي: علم ثمرته وأنه يؤجر على الوفاء به وأن نقضه مذموم. وتجاذب المشهور، ومقابله قوله صلى الله عليه وسلم: «**قد أجرنا من أجرتِ يا أم هانئ**». بناءً على أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أنه جائز؛ وإنما جاز بإجازة النبي صلى الله عليه وسلم

له. وقد يقال: عدم إمضاء أمانها أظهر، فإنه لو كان صحيحاً لما جهل ذلك علي -رضي الله تعالى عنه- فإنه أراد قتل من أجارته أم هانئ. وتمسكوا للمشهور في العبد بقوله صلى الله عليه وسلم: «**يسعى بذمتهم أدناهم**». وقال: من لم يعتبر تأمينه إن أَوَّل الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «**تتكافأ دماؤهم**» يخرجه.

بِخِلافِ الذِّمِّيِّ عَلَى الأَشْهَرِ

أي: فلا يعتبر أمانه على الأشهر، ومقابل الأشهر ذكره جماعة. ففي المازري، والتبيهات: مشهور المذهب لا يجوز أمان المشرك. وقال الباجي: الظاهر من المذهب اعتبار الإسلام. والشاذ لا يرى أمانه لازماً مطلقاً، بل يجعل الإمام فيه مخيراً، قاله المازري، وابن عبد السلام وغيرهما. **اللخمي**: واختلف بعد القول أن الأمان لهم إن قالوا: ظننا أن الذي أعطانا الأمان مسلم، فقال ابن القاسم مرة: لا يقبل عذرهم. وقال مرة: ذلك لهم ويردون إلى مأمنهم. وأرى إذا كان عالماً أنه نصراني وقال: ظننت أن جواره جائز أن يرد إلى مأمنه؛ لأن ذلك مشكل ولم يأت بها لا يشبه فلا يستباح بالشك. وإن قال: علمت أن جوار النصراني غير لازم ولم أعلم أنه نصراني لم يصدق؛ لأنهم أهل دين واحد.

وَلَوْ ظَنَّ الْحَرْبِيُّ الأَمَانَ فَجَاءَ، أَوْ نَهَى الإِمَامُ النَّاسَ فَعَصَوا أَوْ نَسُوا أَوْ جَهِلُوا أُمْضِيَ أَوْ رُدَّ إِلَى مَأْمَنِهِ ....

يعني: أن الحربي إذا توهم الأمان، أو نهى الإمام الناس عن التأمين، فأمنوا نسياناً أو عصياناً أو جهلاً، فأتى إلينا الحربي معتمداً [٢٦٥/أ] على ذلك فلا يجوز قتله ولا استرقاقه، بل يخير الإمام في إمضائه أو يرد.

ابن راشد: وقوله: (**إِلَى مَأْمَنِهِ**) صوابه أن يقول: رد إلى حيث كان قبل التأمين؛ إذ قد يكون بموضع هو فيه خائف فلا يصح أن يرد إلى حيث يأمن، بل إلى حيث كان قبل التأمين، وهذا هو المنقول.

فرع:

الباجي: والتأمين لازم بكل لسان فهمه المؤمَّنُ أم لا، إن أراد المؤمِّنُ التأمين، وحكم الإشارة حكم العبارة. وفروع هذا الباب كثيرة اقتصرنا منها على ما ذكره المصنف، وإن أحببت الوقوف عليها ففي النوادر.

وَيَجُوزُ أَخْذُ الْجِزْيَةِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ إِجْمَاعاً، وفِي غَيْرِهِمْ مَشْهُورُهَا تُؤْخَذُ، وثَالِثُهَا: تُؤْخَذُ إِلا مِنْ مَجُوسِ الْعَرَبِ، ورَابِعُهَا: إِلا مِنْ قُرَيْشٍ ...

ينبغي أن يفهم الجواز على معنى الإذن في الإقدام لا بمعنى الإباحة، فإن الكتابي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، والكفار ثلاثة أصناف:

الأول: أهل الكتاب، وحكمهم أن الجزية تقبل منهم بالإجماع، نقل ذلك غير واحد.

والثاني: الحبشة والترك، وحكمهم أنهم يدعون إلى الإسلام، فإن أبوا فالمشهور جواز قتالهم، فقد أباح مالك في المدونة قتال الفزازنة وهم صنف من الحبشة، وأباح ابن القاسم غزو الترك. وحكى ابن شعبان عن مالك: لا تغزى الحبشة والترك. ابن القاسم: وأخبرني من أثق به من أهل المدينة عن حرملة بن سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**اتركوا الحبشة ما تركوكم**». ونحوه ذكره ابن شعبان في الحبشة والترك. ومنشأ الخلاف أن من صحت عنده هذه الآثار خصص بها العمومات الدالة على قتال جميع الكفار، ومن لم تصح عنده أو حمل النهي عن قتالهم على الإرشاد -أي: أن قتال غيرهم في ذلك الزمان أولى- رأى أن قتالهم في هذا الزمان مباح.

والصنف الثالث: ما عدا ما ذكر من أهل الكفر، وحكى المصنف أربعة أقوال: المشهور: أنها تؤخذ من كل كافر يصح سباه، ولا يخرج من ذلك إلا المرتد. والقول بعدم الأخذ مطلقاً لابن الماجشون، ولا يفهم على عمومه كما هو ظاهر كلام المصنف، وابن بشير، فإنه لم يختلف في القبول من مجوس العجم، قاله صاحب المقدمات، والباجي وغيرهما؛ لما في الموطأ عنه صلى الله عليه وسلم قال: «**سُنوا بهم سنة أهل الكتاب**».

والثالث لابن وهب، نقله اللخمي وغيره. **والقول الرابع** لابن الجهم، وذكر الباجي أن ابن القصار نقل هذا القول عن مالك، وظاهر كلام المصنف: أن المذهب خلاف قول ابن الجهم، وأن في المذهب أربعة أقوال، وأن المشهور على إطلاقه، وعلى هذا الظاهر مشاه ابن راشد، وابن عبد السلام. وذكر المازري أن ظاهر المذهب كما شهره المصنف قال: وحكى المصنفون لمسائل الخلاف من أصحابنا وغيرهم أن مذهب مالك أنها تقبل إلا من كفار قريش، ونقل صاحب المقدمات الإجماع على أن كفار قريش لا تؤخذ منهم الجزية، وذكر أن ابن الجهم نقل الإجماع أيضاً، وكذلك مقتضى كلام المصنف أن المشهور أخذها من عبدة الأوثان. وذكر ابن عطية في تفسيره أن المنصوص في الوثني من العرب عدم أخذها منهم، وأنهم يقاتلون إلا أن يسلموا. قال: ويؤخذ مما في الخلاف أنها تؤخذ منهم احتمالاً لا نصاً. خليل: وفيه نظر، فإنه نص في الجلاب على أنها تؤخذ من الوثني، وكذلك صاحب الكافي، وابن بشير وغيرهم؛ واختلف في تعليل عدم أخذها من كفار قريش، فعلله ابن الجهم بأنها لم تؤخذ منهم إكراماً لهم لمكانهم من النبي صلى الله عليه وسلم، وهي تؤخذ على وجه الصغار والذلة. وعلله القزوينى بأن قريشاً أسلموا كلهم، فإن وجد منهم كافر فهو مرتد فلا تؤخذ منه.

المازري: وإن ثبتت الردة فلا يختلف في عدم أخذها منهم، وحكى الباجي والمازري عن ابن وهب أنه منع قبولها من العرب مطلقاً، فإن صح أنه اختلف قوله في ذلك، صار في المسألة خمسة أقوال، ومنشأ الخلاف النظر إلى قوله تعالى: ﴿ **قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلۡحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ** ﴾ [التوبة:٢٩] هل هو كالشرط فلا تقبل من غيرهم، أو لا فتقبل؟

فائدة: يؤخذ من قوله صلى الله عليه وسلم: «**سنوا فيهم سنة أهل الكتاب**». أن المجوس ليسوا أهل كتاب.

ابن بشير: ولا خلاف أنهم الآن ليس لهم كتاب، واختلف هل كان لهم كتاب فرفع أم لا؟

وتَلْزَمُ بالنُّقْلَةِ إلَى مَوْضِعٍ لا يُمْتَنَعُ فِيهِ عَنْهَا

يعني: أن من تمام كون الذمي من أهل الجزية أن يكون حيث تناله أحكامنا، ولا يمكن حيث يمكن أن ينقض العهد، فإن أبوا من الانتقال قوتلوا ولم يتركوا.

ولا تُؤْخَذُ إلا مِنْ ذَكَرٍ حُرٍّ عَاقِلٍ بَالِغٍ مُخَالِطٍ، ولا تُؤْخَذُ مِنِ امْرَأَةٍ ولا عَبْدٍ ولا مَجْنُونٍ ولا صَغِيرٍ ولا رَاهِبٍ، وفِيمَنْ تَرَهَّبَ بَعْدَ عَقْدِهَا قَوْلانِ

حاصله: أنها لا تؤخذ إلا ممن اجتمعت فيه خمسة شروط، وتصور كلامه ظاهر.

وقوله: (**رَاهِبٍ**) أي: راهب الصوامع [٢٦٥/ ب] والديارات. وأما راهب الكنيسة فتؤخذ منه؛ لأنه يقتل، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ ﴾ [التوبة:٢٩] والضمير عائد على المقاتلين، وهؤلاء الخمسة لا يقاتلون.

أبو حنيفة: وتؤخذ منهم الجزية أول الحول حين العقد. وقال الشافعي: بل في آخره.

الباجي: ولم أر في ذلك نصاً لأصحابنا، والذي ظهر لي من مقاصدهم أنها تؤخذ آخره وهو الصحيح إن شاء الله تعالى؛ لأنها حق يتعلق وجوبه بالحول فوجب أن تؤخذ في آخره كالزكاة. قال صاحب المقدمات: ونقل عن بعض الأصحاب أنه قصرها على جزية العنوة، ورأى أن الصحيح في الصلح أن تؤخذ معجلة؛ لأنها عوض عن تأمينهم وحقن دمائهم، ورده عليه ورأى أنه لا فرق في ذلك.

وقوله: (**وفِيمَنْ تَرَهَّبَ بَعْدَ عَقْدِهَا قَوْلانِ**) القول الأول بعدم زوالها بالترهيب نقله اللخمي عن مطرف، وابن الماجشون. والقول بالسقوط نسبه في البيان لابن القاسم، ووجهه أن الحكم في الأصل دائر مع الرهبانية وجوداً وعدماً.

فرع:

يجوز أخذ الجزية في جميع البلاد إلا في جزيرة العرب؛ لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**لا يبقين دينان في جزيرة العرب**». وهي مكة، والمدينة، واليمن. وفي رواية عيسى بن دينار: وروى ابن حبيب من أقصى عدن وما والاها من أرض اليمن كلها إلى ريف العراق في الطول. وأما العرض: فمن جدة وما ولاها من ساحل البحر إلى أطراف الشام ومصر في المغرب. وفي المشرق: ما بين يثرب إلى منقطع السماوة، ولا يمنعون من الاجتياز بها. واختلف في العبيد، فقال عيسى: يخرجون كالأحرار، قيل له: فما بال أبي لؤلؤة؟ فقال: قد أراد عمر إخراجه مع من أخرج حتى طلبه غيره بأن يقره لعلمه.

وقال ابن مزين: لا يخرج العبيد، قال: وإنما كره عمر -رضي الله عنه- أبا لؤلؤة ونحوه لغوائلهم.

وَلاَ مِنْ حُرٍّ أَعْتَقَهُ مُسْلِمٌ، بِخِلافِ مَنْ أَعْتَقَهُ ذِمِّيٌّ

حاصله: أن المعتق يعطى حكم من أعتقه، وهذا قول ابن القاسم في المدونة، وأسقطها أشهب عن معتق الكافر أيضاً تبعاً لحالته الأولى، فإنه كان ليس من أهل الجزية، وتوقف مالك في الموازية في معتق الكافر. وقال ابن حبيب في النصراني يعتقه مسلم: قد اختلف فيه، وأحب إلي أن تؤخذ منهم الجزية صغاراً لهم، وعلى هذا فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: ثالثها المشهور إن كان المعتق مسلماً فلا شيء عليه، وإن كان كافراً فعليه تبعاً لسيده.

ابن عبد السلام: وقد يقال في هذه التبعية نظر؛ فإن غاية أمر الولاء أن يكون كالنسب، والانتساب للمسلم غير مانع من أخذها. قال في المقدمات بعد أن ذكر الثلاثة الأقوال: وهذا الاختلاف إنما هو إذا أعتق في بلاد الإسلام، وأما إن أعتق في دار الحرب فعليه الجزية على كل حال.

وَفِي أَخْذِهَا مِنَ الْفَقِيرِ قَوْلانِ

ابن عبد السلام: المشهور من القولين السقوط، لكن بتدريج فتؤخذ من الفقير الذي يجد من أين يؤديها ولا كبير إجحاف عليه، وتسقط عمن لا يقدر عليها ولا على شيء منها ولا يطلب بها بعد غناه، وتخفف عمن حاله بين هذين على حسب نظر الإمام. وفي الكافي: وتؤخذ من فقرائهم بقدر ما يحتملون ولو درهم وإلى هذا رجع مالك، ومن بلغ منهم أخذت منه الجزية عند بلوغه ولا ينتظر به الحول.

وقال ابن حبيب في الواضحة: لا تؤخذ الجزية من الفقير. اللخمي: وهو أحسن، وفي المقدمات: ولا تنقص عن الفقير لفقره إذا كانت له قوة على احتمالها، واختلف إن ضعف عن حمل جملتها؛ فقيل: إنها توضع عنه وهو الظاهر من قول ابن القاسم، وقيل: قد يحمل منها بقدر احتماله. قال القاضي أبو الحسن: ولا حد لذلك. وقد قيل: إن حد أقل الجزية دينار أو عشرة دراهم.

وَهِيَ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ وَأَرْبَعُونَ دِرْهَماً مِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ

لا يزاد على ذلك وإن كثر يسرهم على المشهور. ونقل في الكافي قولاً أنه يزاد على من قوي على ذلك. مالك في الموازية: ويوضع عن أهل الجزية ما كان قدره عمر - رضي الله تعالى عنه- عليهم من ضيافة ثلاثة أيام وأرزاق المسلمين؛ لما أُحدِث عليهم من الجور. وقال في المقدمات: معنى ذلك أنه لا يسوغ لأحد ممن مر بهم أن يأخذ ضيافتهم إذا علم أنه لم يوف لهم بالعهد. **الباجي:** وقول مالك يدل على أن ذلك لازم مع الوفاء بما عوهدوا عليه.

تنبيه:

وهذا كله إنما هو في الجزية العَنوية؛ وأما الصلحية فلا حد لها إلا بحسب ما تقرر عليهم من قليل أو كثير، قاله ابن حبيب وغيره. قال في المقدمات: وفيه نظر، والصحيح

أنه لا حد لأكثرها، وأقلها ما فرض عمر. انتهى. فيكون أقلها أربعة دنانير أو أربعون درهماً، ثم ذكر أنها إذا وقعت مبهمة حملت على الجزية العنوية.

وفِي [٢٦٦/أ] التَّخْفِيفِ عَمَّنْ دُونَ الْمَلِيءِ قَوْلانِ

القول بالتخفيف لمالك وأصبغ، ومقابله لابن القاسم.

ومَنْ أَسْلَمَ سَقَطَ مَا عَلَيْهِ مِنْهَا ولَوْ سِنُونَ، كَمَا يَسْقُطُ الْمَالُ الَّذِي هُودِنَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْحُصُونِ إِذَا أَسْلَمُوا ....

تصور كلامه ظاهر؛ ونبه على خلاف الشافعي، فإنه قال بعدم السقوط بالإسلام؛ ووجه مذهبنا: أن الله قرن أخذها بالذلة والصغار وذلك غير ممكن بعد الإسلام.

مالك: وبلغني أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله أن يضعوا الجزية عمن أسلم من أهل الجزية حين يسلمون. مالك: وهي السنة التي لا اختلاف فيها؛ ولما في ذلك من التأليف على الإسلام. وقوله: (**هُودِنَ**) أي: صولح.

ويَسْقُطُ عَنْ أَهْلِ الصُّلْحِ بِالإِسْلامِ الْجِزْيَةُ عَنْهُ وعَنْ أَرْضِهِ ودَارِهِ

أهل الصلح: قوم من الكفار حموا بلادهم حتى صولحوا على شيء يعطونه من أموالهم، فما صولحوا على بقائه بأيديهم فهو مال صلح أرضاً كان أو غيرها، وما صولحوا به أو أعطوه عن إقرارهم في بلادهم أو تأمينهم أرضاً كان أو غيرها، فإنه ليس بمال صلح، قاله الباجي. وروى ابن حبيب أن الجزية الصلحية جزيتان؛ **أولاهما**: أن تكون عن الجماجم. **والثانية**: أن تكون على جملتهم، فإن كانت على الجماجم، فهذه الجزية تزيد بزيادتهم وتنقص بنقصانهم، ويبرأ من أداها وإن لم يؤد غيره شيئاً، وإن كانت عن جملتهم فلا يزاد على ذلك بزيادتهم ولا ينقص منها لنقصانهم، ولا يبرأ أحد منهم إلا بأداء الجميع؛ لأنهم حملاء؛ وجعل صاحب المقدمات الجزية الصلحية ثلاثة أوجه:

الأول: أن تكون الجزية مجملة عليهم.

والثاني: أن تكون مفرقة على رقابهم دون الأرض.

والثالث: أن تكون مفرقة على رقابهم وأرضهم، أو على أرضهم دون رقابهم، مثل أن يقول: على كل رأس كذا وكذا، وعلى كل زيتونة كذا وكذا. قال: ولكل وجه من هذه الوجوه أحكام تخصه. فأما إذا كانت الجزية مجملة عليهم: فذهب ابن حبيب إلى أن الأرض موقوفة للجزية لا تباع، ولا تقسم، ولا تورث، ولا تكون لهم إن أسلموا عليها، وأن مال من مات منهم لورثته من أهل دينه، إلا أن لا يكون له ورثة من أهل دينه فيكون للمسلمين. وذهب ابن القاسم إلى أن أرضهم بمنزلة مالهم يبيعونها ويورثونها ويقتسمونها وتكون لهم إن أسلموا عليها، وإن مات منهم ميت ولا وارث له فأرضه وماله لأهل مَوادِه، ولا يمنعون من الوصايا وإن أحاطت بأموالهم، إذ لا ينقصون من الجزية شيئاً بموت من مات منهم.

خليل: يريد بهذا الوجه: أن الصلح وقع مجملاً على البلد بما حوت من أرض ورقاب من غير تفصيل بما يخص كل واحد، وأما لو وقعت مجملة على الرقاب دون البلد، فنص ابن حبيب على أن لهم بيع الأرض وأنها تورث عنهم كما لو كانت مفصلة على الجماجم، نقله ابن يونس عنه. وعلى هذا فتصير أربعة أوجه؛ قال: وأما إن كانت الجزية مفرقة على رقابهم، فلا اختلاف أن لهم أرضهم ومالهم يبيعون ويورثون وتكون لهم إن أسلموا عليها، ومن مات منهم ولا وارث له من أهل دينه فأرضه وماله للمسلمين، ولا تجوز وصيته إلا في ثلث ماله. وأما إن كانت الجزية مفرقة على الجماجم والأرض، أو على الأرض دون الجماجم، فاختلفوا في جواز بيع الأرض على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع لا يجوز، وهي رواية ابن نافع عن مالك.

والثاني: أن البيع جائز ويكون الخراج على البائع، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها.

والثالث: أن البيع جائز ويكون الخراج على المبتاع ما لم يسلم البائع، وهو مذهب أشهب، وقوله في المدونة، ولا اختلاف أنها تكون لهم إن أسلموا عليها، وأنهم يرثونها بمنزلة سائر أموالهم وقرابتهم من أهل دينهم، أو المسلمون إن لم تكن لهم قرابة من أهل دينهم.

وَتَسْقُطُ عَنْ أَهْلِ الْعَنْوَةِ الْجِزْيَةُ فَقَطْ؛ لأَنَّ مَا بِيَدِهِ مِنْ أَرْضِ الْعَنْوَةِ لِلْمُسْلِمِينَ

أما سقوط الجزية، فواضح لما ذكرنا؛ وأما الأرض فإنها للمسلمين؛ لأنها لم تقر بيده إلا ليعمل فيها ويكون ذلك إعانة له على أداء الجزية. الباجي: والعنوة: الغلبة.

وَأَمَّا غَيْرُهَا مِمَّا تُرِكَ بِيَدِهِ فَالْمَشْهُورُ لَهُ

يعني: غير الأرض من الرقيق والحيوان والعروض، وما ذكره المصنف هنا ينبني على فرع آخر، وذلك إذا اختلف في أهل العنوة إذا أقرت بأيديهم الأرض؛ فقيل: هم عبيد للمسلمين، وعليه فلا يكونون أحراراً بإسلامهم، ولا يملكون بإسلامهم مما بأيديهم شيئاً؛ وقيل: هم أحرار، فعلى هذا يأتي المشهور الذي ذكره المصنف: أنهم إذا أسلموا تكون لهم أموالهم، لكن لم أر من خرج بمشهوريته، وإنما حكاه الباجي وغيره عن ابن حبيب. والشاذ في كلام المصنف هو مذهب ابن القاسم. واعلم أن هذين القولين مطلقان فيما كان بأيديهم يوم الفتح وفيما اكتسبوه بعد ذلك. ولابن المواز ثالث: أنهم يملكون ما اكتسبوه بعد الفتح لا ما كان موجوداً يوم الفتح.

ابن رشد: وهو استحسان على غير قياس. ويشهد لتشهير المصنف ما قاله صاحب البيان، وابن زرقون: أن ظاهر المدونة في باب [٢٦٦/ ب] الهبة لا يمنع أهل العنوة من الهبة والصدقة، إذ لم يفرق بين أهل العنوة والصلح، خلافاً لابن حبيب الذي منعهم من الهبة والصدقة وجعلهم كالعبد المأذون له في التجارة. الباجي: ويكون على قول ابن المواز أن لهم هبة ما اكتسبوه بعد الفتح فقط.

والْمَوْتُ كَذَلِكَ

أي: حكم موته حكم إسلامه فيما ذكر في أرض الصلح والعنوة وغيرها.

فرع: وكيف نعلم ورثتهم ونحن لا نعلم مواريثهم. وروى يحيى عن ابن القاسم: أن ذلك راجع إلى أهل دينهم وأساقفتهم، فمن قالوا: يرثه من ذي رحم أو غيره من رجل أو امرأة سلم ذلك إليه، وإن قالوا: لا وارث له فميراثه للمسلمين. ووجه ذلك: أن طريقه الخبر عما ينفردون به من العلم، فيقبل قولهم عما يعلمونه من الأدواء وترجمتهم عن الألسنة التي لا نعرفها، قاله الباجي. ابن راشد: وأما العنوي فإن كان له وارث ورثه ويسأل عن ذلك أساقفتهم، وإن لم يكن له وارث فماله لبيت المال. والله أعلم.

وَلَوْ قَدِمَ حَرْبِيٌّ فَأَرَادَ الإِقَامَةَ نَظَرَ السُّلْطَانُ، فَإِنْ ضَرَبَهَا ثُمَّ أَرَادَ الرُّجُوعَ، فَفِي تَمْكِينِهِ قَوْلانِ ....

قد تقدم أن الحربي إذا بذل الجزية بشرطها حرم قتاله، وعلى هذا فإنما يكون نظر السلطان هنا لأجل أنه قد لا يكون قصده الإقامة عندنا على الحقيقة، بل احتمل أن يكون جاسوساً ونحو ذلك. وقوله: (**فَإِنْ ضَرَبَهَا**) القول بتمكينه من الرجوع لمالك في الموازية، واستحسنه ابن القاسم. وقال محمد: إذا اختار الجزية واستلزمها الجزية لم يمكن من الرجوع، والأظهر أن الخلاف مبني على أنه يخشى منه أن يدل على عورة المسلمين أم لا. وأما إن تحقق ذلك فيمنع بلا إشكال، والأظهر المنع مطلقاً.

محمد: ولو أراد المسير إلى بلد آخر من بلاد المسلمين وتضرب عليه الجزية فيه لم يمنع.

وَمَنْ سَافَرَ فِي قُطْرِهِ الَّذِي صُولِحَ عَلَيْهِ فَلا عَزْمَ عَلَيْهِ، وَإِنْ سَافَرَ إِلَى غَيْرِهِ أُخِذَ مِنْهُ الْعُشْرُ مِمَّا بَاعَ بِهِ أَوِ اشْتَرَاهُ. وَقِيلَ: وَإِنْ لَمْ يَتَصَرَّفْ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لِحَقِّ الانْتِفَاعِ أَوِ الْوُصُولِ ....

ليس القطر عبارة عن مملكة مِلِكٍ، فإن المَلِكَ الواحد قد يملك قطرين فأكثر كملك مصر، فإنه يملك الشام والحجاز وكل منهما قطر منفرد، وحاصل كلامه أن تجار الكفار

على ضربين: مستأمن وسيأتي حكمه، وذمي وهو إن سافر في قطره الذي يؤدي فيه الجزية فلا يؤخذ منه شيء، وفي غيره يؤخذ منه العشر، وهذا هو المشهور. وقال محمد ابن عبد الحكم: لا يؤخذ منهم شيء إلا بمكة أو المدينة خاصة، حيث أخذ منهم عمر -رضي الله عنه- وهل لا يؤخذ منهم العشر إلا إن باعوا أو اشتروا، وإليه ذهب مالك، وابن القاسم، وأشهب وهو المشهور، أو يؤخذ منهم وإن لم يبيعوا ويكون المسلمون شركاء لهم فيما بأيديهم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكاه عن مالك وأصحابه المدنيين. ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف، ويبنى عليه لو أراد الذمي الرجوع بعد وصوله وقبل بيعه، فعلى المشهور لا شيء عليه.

فرع: واختلف في الذمي إذا رجع من غير قطره إلى قطره، فقال مالك في المجموعة: يؤخذ منه، وقال في مختصر ابن عبد الحكم: لا يؤخذ منه شيء.

وحُرُّهُمْ وعَبْدُهُمْ سَوَاءٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، لا يُحَالُ بَيْنَهُمْ وبَيْنَ رَقِيقِهِمْ فِي اسْتِخْدَامٍ أَوْ وطْءٍ، وعَلَيْهِ لا يُؤْخَذُ فِي تِبْرٍ يَضْرِبُونَهُ إِلا أُجْرَةَ عُشْرِهِ ....

اشتراك الحر والعبد في ذلك ظاهر، لأنه إنما أخذ لحق الانتفاع أو الوصول؛ وذلك مشترك فيما قاله في المدونة؛ ولو قدم الذمي مائة مرة فإنه يؤخذ منه، و(**عَلَى الْمَشْهُورِ**) أي: في أنه لا شركة لأحد معهم، فإنه لا يحال بينه وبين إمائه، وله وطؤهن واستخدامهن، وكذا قال ابن القاسم، وقال ابن حبيب: لا يمكن من ذلك؛ لأن المسلمين شركاؤه. وعلى الخلاف فإذا قدموا بتبر يضربونه دنانير أو صاغوا حلياً لم يؤخذ منه إلا عشر الأجرة؛ ووقع هنا نسختان؛ **إحداهما**: الأجرة عشر. **والثانية**: إلا عشر أجرته، وكلاهما بمعنى؛ لأن عشر الأجرة أجرة العشر. وعلى قول ابن حبيب يؤخذ منهم عشر التبر، وإذا قدموا بغزل نسجوه بأيديهم أو تبر فضربوه أيضاً بأيديهم فلا شيء عليهم، ونص عليه ابن المواز. وهكذا ينبغي لهم ذلك بهبة من غير ثواب، والظاهر أنهم إن أثابوا عليها أن حكم ذلك حكم الأجرة.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف وهو المنصوص لغيره، أن المأخوذ هنا إنما هو عشر الإجارة، والتحقيق على قول ابن القاسم أنه يؤخذ منهم عشر العمل؛ لأنه عوض عشر الدراهم، فحق الإمام أن يأتي بعشر تبرهم أو غزلهم فيكلفهم الاستئجار عليه.

فرع: **ابن عبد السلام**: ولا يسقط هذا العشر بدين يكون على الذمي؛ لأنهم أسقطوه بدين المسلم يكون عليه، وشرطوا في دين المسلم قيام البينة على صحته، ولا يقبل قول الذمي فيه كما يقبل قول المسلم في المشهور. انتهى.

وَلَوْ اشْتَرَى بِالْعَيْنِ سِلَعاً أُخِذَ عُشْرُ السِّلَعِ لا عُشْرُ قِيمَتِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ

لا خصوصية في فرض هذه المسألة في العين، بل وكذلك لو قدموا بسلع؛ ولا إشكال على قول ابن حبيب أن عليهم عشر ما قدموا به، وإنما الخلاف هنا مبني على المشهور، والمشهور هو نص المدونة، [٢٦٧/ أ] قال فيها: ولو قدم بعين فاشترى به سلعة أخذ منه عشر تلك السلعة مكانه، ونقلها أبو محمد: أخذ منه عشر قيمة تلك السلعة، وهذا هو مقابل المشهور عند المصنف، وقد تقدم أن مثل هذا لا ينبغي أن يعد خلافاً. ابن يونس: قال بعض شيوخنا: إن كانت السلعة تنقسم أخذ منه عشرها، وإن كانت لا تنقسم أخذ منه تسع قيمتها؛ وذلك أن لنا عشر السلعة بعينها، فإذا أعطانا قيمة العشر صار كأنه اشترى سلعة ثانية منا فلنا أيضاً عشرها، فإذا أعطانا أيضاً قيمة العشر، صار كسلعة ثالثة اشتراها منا، ثم كذلك حتى يَدِقَّ العُشر - فلا يعلم قدره إلا الله تعالى- فيؤخذ منه التسع في أول مرة، وهو الحق الذي لا شك فيه. انتهى. وأنكر بعضهم هذا القول ورأى أنه يلزم في التسع ما يلزم في العشر.

الباجي: واختلف أصحابنا المغاربة إذا بنينا على أخذ العشر، فقال بعضهم: إن كان ما صار لهم ينقسم أخذ منه العشر، وإن كان لا ينقسم أخذ منه ثمن العشر. وقال بعضهم: تؤخذ منه القيمة على كل حال، وإن كان مما ينقسم أو يكال أو يوزن.

فرع: فإن استحق المشترى أو رد بعيب، ففي كتاب ابن سحنون: يرجع عشره، وهو في الاستحقاق ظاهر. وأما في الرد بالعيب فصحيح على رأي المتأخرين أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله، وأما على القول بأنه ابتداء بيع فهو مما ينظر فيه.

وَيُؤْخَذُ مِنْهُ عُشْرُ غَلَّةِ دَوَابِّهِ وغَيْرِهَا عَلَى الْمَشْهُورِ. وَفِي كَيْفِيَّةِ أَخْذِهِ ثَلاثَةٌ: مَشْهُورُهَا فِيمَا عَقَدَ فِي غَيْرِ قُطْرِهِ فَقَطْ وبِالْعَكْسِ، ومِقْدَارِ سَيْرِهِ فِي قُطْرِ غَيْرِهِ

غيرها كالسفن، والمشهور مذهب المدونة، والشاذ لأشهب وابن نافع: لا شيء عليه في ذلك، بناءً على أن هذا ملحق بالتجارة أم لا. وعلى المشهور اعتبار محل العقد، فإن عقد في قطره إلى قطر غيره لم يؤخذ منه شيء، وبالعكس يؤخذ منه، والعكس لابن حبيب.

اللخمي: ويختلف على هذا إذا أسلم في سلعة ليقبضها في غير بلده، هل يراعى موضع العقد أو موضع القبض، وقيل: يفرض الكراء على مجموع سيره في قطره وقطر غيره، فما ناب قطره سقط عشره، وما ناب غيره أخذ عشره، وفي الجلاب عن ابن المواز: يؤخذ العشر سواء أكرى ببلده أو بغير بلده.

وفِي الاقْتِصَارِ عَلَى نِصْفِ الْعُشْرِ فِيمَا يَجْلِبُ مِنَ الطَّعَامِ إِلَى مَكَّةَ والْمَدِينَةِ قَوْلانِ

في قوله: (**الطَّعَامِ**) إطلاق وليس المراد عموم الطعام، بل المراد الحنطة والزيت خاصة، صرح به ابن الجلاب وصاحب الكافي. والقول بنصف العشر رواه ابن نافع عن مالك، وهو الذي في الجلاب والرسالة. والقول بالعشر لمالك أيضاً، وقد أغنى الله مكة والمدينة بالمسلمين. **ابن الجلاب**: ويخفف عنهم في قرى مكة والمدينة كما يخفف عنهم فيهما، ويؤخذ منهم في ذلك العشر كاملاً فيما حملوه من البز والعروض والقطاني وسائر التجارات سوى الحنطة والزيت.

وَأَمَّا الْمُعَاهَدُ فَيُؤْخَذُ مِنْهُ مَا قَدَرَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ، فَالْمَشْهُورُ اجْتِهَادُ الإِمَامِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ وَإِنْ لَمْ يَبِيعُوا، وَقِيلَ: كَالذِّمِّيِّ ....

المعاهد: هو الحربي إذا قدم إلينا بعهد؛ أي: بأمان. ولا شك أنه إن قدر عليه شيء أنه يؤخذ منه ولا يزاد عليه. ابن راشد: ونقل بعضهم في ذلك الاتفاق، وإن لم يقدر شيء فذكر المصنف أن المشهور في ذلك اجتهاد الإمام؛ أي: فيما يؤخذ منهم؛ أعني: فيما ينزلون عليه. وأما إن نزلوا مبهماً فيتعين أخذ العشر، نص عليه في الرسالة، والجلاب وغيرهما.

وفي المدونة: وأهل الحرب إذا نزلوا بتجارة أخذ منهم ما صولحوا عليه، وقاله ابن نافع، وروى علي بن زياد عن مالك أن عليهم العشر. قال في البيان: واختلاف رواية ابن القاسم ورواية علي إنما هو في الابتداء هل ينزلون على العشر أو مبهماً؟ فابن القاسم أجاز أن ينزلوا على أقل من العشر أو مبهماً، وعلي لم يجز أن ينزلوا على أقل من العشر، وإذا نزلوا مبهماً اتفقت الروايات على أخذ العشر.

قال صاحب تهذيب الطالب: ظاهر رواية ابن زياد أن ذلك سواء نزلوا مبهماً أم لا، وهم كأهل الذمة وقد بينه في المجموعة، ونصها على ما قال مالك: ويؤخذ من تجار أهل الحرب العشر مثل ما يؤخذ من تجار أهل الذمة.

عبد الحق: وهذا يبطل تأويل من تأول أن الذي وقع في المدونة معناه إذا نزلوا مبهماً.

ابن القاسم في المجموعة: وإذا نزلوا على دراهم أو دنانير لم يحل بينهم وبين رقيقهم. مالك: ولو كان على العشر حيل بينهم وبين وطء الإماء حتى يبيعوا. وقال ابن حبيب: وللوالي أن يقاسمهم فيما قدموا به، وإن كان مما لا ينقسم بيع كله وأخذ الوالي جزأه وخلى لهم البقية، إن شاءوا باعوا هنا أو رجعوا به. وقال مالك في الموازية: ليس للوالي مقاسمتهم رقيقاً ولا غيره حتى يبيعوا، قال فيها وفي المجموعة: فإن لم يبيعوا ورجعوا فليؤدوا العشر ويصنعوا ما شاءوا، ثم حيثما نزلوا من بلاد الإسلام فلا يؤخذ منهم شيء، إلا أن يشترط

عليهم شرط فيعمل عليه، وإلى ما في الموازية: أنهم إن لم يبيعوا أخذ منهم العشر [٢٦٧/ ب] أشار المصنف بقوله: (**فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ وإِنْ لَمْ يَبِيعُوا**) لكن في قوله: (أن يأخذ) نظر؛ لأن ظاهره أن له الترك وهو خلاف لما في الموازية، وكذلك قال أبو الحسن: ظاهر المدونة أن أهل الحرب يؤخذ منهم العشر باعوا أو لم يبيعوا، والقول بأنه لا يؤخذ منهم حتى يبيعوا كالذميين لأشهب.

فرعان:

الأول: إذا دخل أهل الحرب إلينا فباعوا واشتروا ثم مضوا إلى بلد آخر من بلاد المسلمين فباعوا واشتروا، فلا يؤخذ منهم تارة أخرى بخلاف أهل الذمة. قال في النكت والفروق: إن أهل الحرب قد حصل لهم الأمان ما داموا في أرض المسلمين وجميع بلاد الإسلام كبلد واحد، وأما أهل الذمة فإنما يؤخذ منهم لانتفاعهم؛ إذ هم غير ممنوعين من بلادنا، فكلما تكرر نفعهم تكرر الأخذ منهم.

الثاني: قال أصبغ: لا أرى أن يتركوا يدورون في سواحل الإسلام لبيع أو شراء إلا الموضع الذي نزلوه وإن لم يبيعوا؛ لأن ذلك عورة وتفتيش لموضع العورة، ولا ينبغي أن ينزلوا إلا في الموضع المجتمع الذي تؤمن عورتهم فيه، ولا يدورون أزقة موضع نزلوا فيه إلا الأسواق والطريق الواضحة لحوائجهم.

ولا يُمَكَّنُونَ مِنْ بَيْعِ خَمْرٍ لِمُسْلِمٍ، والْمَشْهُورُ تَمْكِينُهُمْ لِغَيْرِهِ

أي: لغير المسلم، وكذلك قال ابن بشير، قال: ويمكن أن يخرج الخلاف على أنهم مخاطبون فلا نمكنهم أو لا فنمكنهم. مالك في المجموعة: وإن خيف من خيانتهم في بيع الخمر ونحوه جعل عليهم أمين. **ابن نافع:** وذلك إذا جلبوا لأهل الذمة لا إلى أمصار المسلمين التي لا ذمة فيها. **اللخمي:** وقال ابن شعبان: لا يجوز الوفاء بذلك ولا النزول على مثل هذا، وتهرق الخمر وتعرقب الخنازير، وإن نزلوا على ذلك وهم بحدثان نزوهم

قيل لهم: إن شئتم فعلنا ذلك وإلا فارجعوا، وإن طال مكثهم فعل ذلك وإن كرهوا. انتهى. والشاذ في كلام المصنف هو قول ابن شعبان، وعزاه في الجواهر لابن حبيب.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنهم يمكنون من القدوم بالخمر ابتداءً؛ لأن التمكين من البيع فرع عن التمكين من النزول، وظاهر الروايات خلاف ذلك.

خليل: والظاهر هنا الشاذ، وهو الجاري على قاعدة المذهب من سد الذرائع. وقد تحققت المفسدة في الإسكندرية أسال الله أن يزيلها منها ومن كل موضع شاركها في هذا المعنى.

والْمُسْتَأْمَنُ بِمَالٍ يَمُوتُ إِنْ كَانَ عَلَى الإِقَامَةِ فَمَالُهُ فَيْءٌ، إلا أَنْ يَكُونَ مَعَهُ ورَثَتُهُ، وإِنْ كَانَ عَلَى التَّخْيِيرِ رُدَّ مَعَ دِيَتِهِ إِنْ قُتِلَ، وفِي رَدِّهِ إِلَى ورَثَتِهِ أَوْ إِلَى حُكَّامِهِمْ قَوْلانِ، وإِنْ كَانَ مُطْلَقاً ولا عَادَةَ فَفِي تَعْيِينِ مَنْ يَلْحَقُ بِهِمْ قَوْلانِ

أطلق المصنف المستأمن على الحربي الآتي إلينا وإن أتى على الإقامة، والغالب في اصطلاحهم إنما يطلقونه على من أتى طالباً الأمان لأمر ثم يذهب، وذكر أن للقادم أحوالاً ثلاثة:

الأولى: أن ينزل على الإقامة، وحكمه فيها حكم سائر أهل الذمة، وإن كان معه ورثته ورثوه، وإلا فلبيت المال.

الثانية: أن يقدم لأمر ثم يعود، وهو مراده بقوله: (**عَلَى التَّخْيِيرِ**) وحكمه أنه لا حق للمسلمين في ماله إن مات، ولا في ديته إن قتل، بل يبعث بجميع ذلك إلى بلاده. ابن المواز: وديته كدية الذمي، وقيل غير ذلك. ومذهب المدونة: أنه يبعث إلى ورثته، ففيها: وإذا مات عندنا حربي مستأمن وترك مالاً أو قتل فماله وديته يدفع إلى من يرثه ببلده ويعتق قاتله رقبة. وقال غيره: يدفع ماله وديته إلى حكامهم، والغير هو سحنون. ونقل ابن أبي زيد كلام الغير: تدفع قيمة ديته إلى حكامهم وماله إلى ورثته، والأكثرون ذهبوا إلى أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم، وذهب أبو عمران إلى أنه وفاق، وأن قول ابن

القاسم محمول على ما إذا علمت بينة مسلمون ورثته وعددهم، وقول الغير محمول على عدم العلم، وهذا الذي قاله أبو عمران إنما يتم على النقل الأول لا على نقل الشيخ أبي محمد فتأمله. ابن حبيب: وإن ظهرنا على ورثته فماله فيء لذلك الجيش الذي ظهروا عليه.

الحالة الثالثة: أن يقدم من غير تنصيص على إقامة ولا رجوع، وإليه أشار بقوله: (**وإِنْ كَانَ مُطْلَقاً ولا عَادَةَ**) يعني: لا عادة لهم في المكث والرجوع، وهو إشارة إلى ما نص عليه سحنون: إن كان أكثر المستأمنين بذلك البلد إنما هو على المقام، فميراثه للمسلمين ولم يكن لهذا أن يرجع، وإن كان شأنهم الرجوع فله الرجوع، وميراثه إن مات يرد لورثته، إلا أن تطول إقامته عندنا فليس له أن يرجع ولا يرد ميراثه، وإذا لم يعرف حالهم ولا ذكروا رجوعاً فميراثه للمسلمين، والقول الآخر ذكره جماعة ولم ينسبوه.

ولَوْ تَرَكَ الْمُسْتَأْمَنُ ودِيعَةً فَهِيَ لَهُ

يعني: وذهب إلى بلده، فإنها له وترد له أو لورثته؛ لقوله تعالى: ﴿ **إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا** ﴾.

فَإِنْ قُتِلَ أَوْ أُسِرَ، فَثَالِثُهَا: إِنْ قُتِلَ كَانَتْ فَيْئاً، ورَابِعُهَا: عَكْسُهُ

يعني: فإن حارب المسلمين فقتل أو أسر والوديعة عندنا، فأربعة أقوال، وقد حكاها ابن بشير:

الأول: أنها في الوجهين كما لو كانت معه؛ ولأن ماله لا تزيد حرمته على حرمته هو. **الثاني**: أنها ترد إلى ورثته وتبقى له إن أسر وفاء بالعهد. **الثالث**: إن قتل فهي [٢٦٨/ أ] فيء، وإن أسر فهي له. **والرابع**: أنها تبع لرقبته، فإن أسر كانت فيئاً، وإن قتل ردت إلى ورثته.

وقول ابن عبد السلام، والقول الثاني: ترد إلى ورثته في الوجهين ليس بظاهر؛ إذ لا يمكن أن يقال: يردها إلى ورثته مع بقائه، ووجود الأقوال هكذا منسوبة لقائلها عزيز.

وفي ابن يونس قولان؛ **الأول** لابن القاسم، وأصبغ في الموازية: أنها ترد لورثته إن مات أو قتل في المعركة، وإن أسر ثم قتل فهي فيء لمن أسره وقتله؛ لأنهم ملكوا رقبته قبل قتله. **والثاني** لابن حبيب: إن أسر ثم قتل فهي لمن أسره وقتله، وأما إن قتل في المعركة فهي فيء لا خمس فيها؛ لأنها لم يوجف عليها، وقاله ابن الماجشون، وابن القاسم، وأصبغ.

الأَمْوَالُ: غَنِيمَةٌ، وفَيْءٌ. فَالْغَنِيمَةُ: مَا قُوتِلُوا عَلَيْهِ. والْفَيْءُ: مَا لَمْ يُوْجَفْ عَلَيْهِ

يعني: أن أموال الكفار المأخوذة منهم قسمان: غنيمة، وفيء. **فالغنيمة**: ما قوتلوا عليه؛ أي: أخذ بسبب قتال، وليس مراده بأنهم قوتلوا لأجل المال؛ لأن ذلك يمنع من الشهادة في سبيل الله فكيف تفسر به الغنيمة. **والفيء**: ما أخذ بغير قتال، وإليه أشار بقوله: (**مَا لَمْ يُوْجَفْ عَلَيْهِ**) ولعله إنما عدل عن حقيقة المقاتلة بأن يقول: والفيء ما لم يقاتلوا عليه تبركاً بالآية، وهي قوله تعالى: ﴿ **وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ فَمَآ أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ** ﴾ [الحشر:٦] يقال: وجف الشيء إذا اضطرب.

وتُخَمَّسُ الْغَنِيمَةُ، وَخُمُسُهَا كَالْفَيْءِ، والْجِزْيَةِ، والْخَرَاج

تخمس الغنيمة؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ** ﴾ [الأنفال:٤١].

وقوله: (**كَالْفَيْءِ، والْجِزْيَةِ، والْخَرَاج**) تشبيه ليفيد الحكم في الجميع. وقوله: (والخراج) أي: خراج الأرض سواء افتتحت عنوة أو صلحاً.

ولا يُخَمَّسُ لُزُوماً، بَلْ يُصْرَفُ مِنْهُ لآلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ بالاجْتِهَادِ ومَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ....

هذا ابتداء مسألة، يعني: أن الخمس، والفيء، والجزية، والخراج لا يلزم فيها التخميس، بل الأمر في ذلك إلى نظر الإمام، فإن شاء وقفه لنوائب المسلمين أو قسمه،

ولابن عبد الحكم: لا يوقف. وإذا قسمه فإن شاء دفعه كله لآله صلى الله عليه وسلم أو لغيرهم، أو جعل بعض ذلك فيهم وبعضه في غيرهم بالاجتهاد كما قال المصنف، ونبه بقوله: (**وَلا يُخَمَّسُ لُزُوماً**) على مذهب الشافعي في قوله: إنه يلزم أن يقسم خمس الغنيمة على خمسة أجزاء، وذلك مبني على اختلافهم في قوله تعالى ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ كما اختلفوا في آية الزكاة.

وَفِيهَا: يُبْدَأُ بِالَّذِينَ فِيهِمُ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُمْ أَشَدُّ حَاجَةً نُقِلَ إِلَيْهِمْ أَكْثَرُهُ

كالزكاة وتصوره ظاهر.

وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِلْمُقَاتِلِينَ

لأنه لما قال الله تعالى: ﴿ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾ علمنا أن أربعة أخماسها للمقاتلين، ولا خلاف في ذلك.

وَيُنَفِّلُ الإِمَامُ مِنَ الْخُمُسِ خَاصَّةً مَنْ يَرَاهُ مَا يَرَاهُ مِنْ سَلَبٍ وَغَيْرِهِ

النفل لغة: الزيادة. وفي الشرع: زيادة من الغنيمة.

وقوله: (**مِنَ الْخُمُسِ خَاصَّةً**) أي: ليس هو أصل الغنيمة، ففي الموطأ عن ابن عمر قال: **بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية قبل نجد فغنموا إبلاً كثيرة، فبلغت سهامهم اثني عشر بعيراً، أو أحد عشر بعيراً، ونُفِّلوا بعيراً بعيراً**. زاد في غير الموطأ: من الخمس.

وقوله: (**مَنْ يَرَاهُ**) أي: يراه أهلية لذلك لشجاعته.

وقوله: (**مَا يَرَاهُ مِنْ سَلَبٍ وَغَيْرِهِ**) إشارة إلى أن السلب من النفل وهو كذلك.

ويَجُوزُ أَنْ يَنُصَّ الإِمَامُ بَعْدَ الْقِتَالِ عَلَى أَنَّ سَلَبَ الْمَقْتُولِ ونَحْوِهِ لِلْقَاتِلِ، فَلَوْ نَصَّ قَبْلَهُ لَمْ يَجُزْ، وكَذَلِكَ مَنْ تَقَدَّمَ فَلَهُ كَذَا ونَحْوُهُ ..

لأنه بعد القتال من النفل وهو جائز، وأما قبله ففيه إفساد لنية المجاهدين؛ ولأنه قد يلقي بعض المجاهدين بنفسه للهلاك لأجل السلب.

وفِي إِمْضَائِهِ قَوْلانِ

أي: إذا بنينا على عدم جوازه قبل الفتح، فقال ملك: فهل يمضي؟ قال سحنون: يمضي؛ لأنه حكم بما اختلف فيه أهل العلم. ابن عبد السلام: وهو الصحيح، والقائل بعدم تنفيذه هو ابن حبيب في ظاهر كلامه، إلا أنه لا يبطله مطلقاً كما هو ظاهر كلام المصنف، بل قال: يعرف قيمة ما سمى الإمام فيعطى ذلك من الخمس، وإنما أبطل إعطاءه من أصل الغنيمة. سحنون: [٢٦٨/ ب] وإذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه بلفظ عام ثبت هذا الحكم له ولجميع المسلمين، وإن خص نفسه فقال: إن قتلت قتيلاً فلي سلبه لم يكن له شيء؛ لأنه حابى نفسه بقوله ولم يعدل فلم يجز حكمه. ولو قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فقد نفذ ذلك للناس دونه؛ لأنه أخرج نفسه بقوله: منكم. وإن قال بعد أن خص نفسه: من قتل قتيلاً مجملاً فإنما له في المستقبل. ولو قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه، فمن قتل منهم اثنين أو ثلاثة فله سلبهم. ولو قال لرجل: إن قتلت قتيلاً فلك سلبه، فقتل اثنين أحدهما بعد الآخر، فغيرنا يجيزه ويعطيه سلب الأول خاصة، ونحن نكرهه. فإن نزل على وجه الاجتهاد مضى وله سلب الأول خاصة، فإن جهل، فقيل: له نصفهما، وقيل: أقلهما.

ابن المواز: وإن قتل قتيلين معاً، فقيل: له نصف سلبهما قسمة للمشكوك فيه على التداعي، وقيل: أكثرهما؛ لأنهما لما قتلا معاً صارا كالقتيل الواحد فيستحق سلبه فلهذا أعطي الأكثر. وإذا قال الأمير: من قتل قتيلاً فله سلبه، فليس له سلب من قتل ممن لا يجوز له

قتله من امرأة، أو صبي، أو زمن، أو راهب إلا أن يقاتل هؤلاء فله سلبهم لإجازة قتلهم، فإن قال: من قتل قتيلاً فله سلبه ولم يقيد؛ فقتله ذمي أو امرأة فالمنصوص لا شيء لهما.

خليل: وقد يتخرج على قول من يرى الإسهام للمرأة إذا قاتلت أن يكون لها هنا السلب، إلا أن هذا يحتاج إلى أن يكون القائل بالإسهام لها يرى أن قول الإمام هنا ماضٍ. الباجي، والمازري، وابن يونس: وعلى قول أشهب أنه يرضخ للذمي، فيكون السلب له من الخمس. وإن قال: من قتل كافراً من المسلمين فقتله ذمي فلا شيء له بالإجماع للشرط. وإن قال: من قتل قتيلاً فسمع بعض الناس دون بعض، فالسلب لمن قتل وإن لم يسمع. وإن قال الأمير: من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه، لم يستحقه القاتل إلا بها، فإن جاء بشاهدين أخذه، وإن جاء بشاهد واحد، ابن عبد السلام: فله أخذه بغير يمين. وقال الشافعي: يحلف. وإن لم يشترط البينة فجاء برأس القتيل فاختلف في أخذ سلبه، وإن جاء بالسلب لم يأخذه إلا بالبينة.

وفيهَا قَالَ مَالِكٌ: لَمْ يَبْلُغْنِي أَنَّ ذَلِكَ كَانَ إِلا يَوْمَ حُنَيْنٍ، وإِنَّمَا نَفَّلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ مِنَ الْخُمُسِ بَعْدَ أَنْ بَرَدَ الْقِتَالُ

هذا هو الصحيح. **عياض**: وعند بعضهم خيبر وهو وهم، وهذا احتجاج من مالك على أنه ليس السلب للقاتل مطلقاً، وإلا لتكرر منه صلى الله عليه وسلم في غزواته وعمل به الخلفاء بعده. قال في الاستذكار: وأما قوله: (**لَمْ يَبْلُغْنِي**) فقد بلغ غيره وذكر أحاديث وردت بذلك. **خليل**: والظاهر أنه ليس في تلك الأحاديث حجة على المالكية؛ لأنها إنما تدل على أن السلب موكول للإمام وهم يقولون بموجبه، وفي قول مالك -رضي الله عنه-: وإنما نفل النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس، جواب عنها -والله أعلم- على أنه يمكن أن يقال: إن قوله صلى الله عليه وسلم: «**من قتل قتيلاً فله سلبه**» من باب الحكم منه صلى الله عليه وسلم فلا يتعدى لغير من حكم له، وإنما يتعدى لو كان من باب الفتوى. والله أعلم.

والْمَشْهُورُ: أَنَّهُ لا يَكُونُ فِيهَا مَا لَيْسَ بِمُعْتَادٍ مِنْ سِوَارٍ، وتاجٍ، وَطَوْقٍ، وصَلِيبٍ، وكَذَلِكَ الْعَيْنُ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

ما ذكر أنه المشهور ذكره سحنون عن الأصحاب، فقال أصحابنا: لا نفل في العين، وإنما هو الفرس وسرجه ولجامه، وخاتمه، ودرعه، وبيضته، ومنطقته بما في ذلك من حلية ساعديه وساقيه ورأسه والسلاح ونحوه، وحلية السيف تبع للسيف، ولاشيء له في الطوق والسوارين والعين كلِّه ولا في الصليب. وقال ابن حبيب: يدخل في السلب كل ثوب عليه، وسلاحه، ومنطقته التي فيها نفقته، وسواره، وفرسه الذي هو عليه أو كان يمسكه لوجه القتال عليه، فأما إن كان يجنبه أو كان منفلتاً فليس من السلب. الباجي: فتحقيق مذهب سحنون: أن ما كان معه من لباسه المعتاد وما يستعان به على الحرب من فرس أو سلاح فهو من السلب، ومذهب ابن حبيب: أن ما كان عليه من اللباس والحلي والنفقة المعتادة وما يستعان به على الحرب فهو من السلب، ففهم الباجي القولين على نحو ما ذكرهما المؤلف، ورأى اللخمي القولين إنما هما في السِّوَارَيْنِ، قال: وخرج من الخلاف فيهما اختلاف فيما يشبههما مما يراد به الزينة كالطوق وشبهه.

ويُخَمَّسُ الْجَمِيعُ دُونَ الأَرْضِ، فَإِنَّهَا فَيْءٌ عَلَى الْمَشْهُورِ كَالْجِزْيَةِ، وقِيلَ: يَقْسِمُهَا إِنْ رَأَى كَخَيْبَرَ، وفِيهَا: أَنَّ عُمَرَ أَقَرَّهَا ولَمْ يَقْسِمْهَا، وفِيهَا: قَالَ الأَوْزَاعِيُّ: وقَفَ عُمَرُ والصَّحَابَةُ -رَضِيَ اللَّهُ تعالى عَنْهُمْ- الْفَيْءَ وخَرَاجَ الأَرَضِينَ، فَفَرِضَ مِنْهَا لِلْمُقَاتِلَةِ، والْعِيَالِ، والذُّرِّيَّةِ فَصَارَ ذَلِكَ سُنَّةً لِمَنْ بَعْدَهُ

اللخمي: الأرض ثلاثة أقسام؛ فما كان بعيداً عن المسلمين ولا يستطاع سكناه للخوف من العدو هُدِم وحُرق. وما كان يقدر المسلمون على عمارته إلا أنهم لا يسكنونه إلا أن يملكوه، فإن الإمام يقطعه لهم ويخرجه من رأس الغنيمة وليس للجيش فيه مقال، ويقطعه لمن فيه نجدة فيكون في نحر العدو عوناً للمسلمين. واختلف فيما كان قريباً أو

مرغوباً فيه، فقال مالك مرة: لا حق للجيش فيه ولا يقسم ويوقف خراجها للمسلمين، وقال مرة: تجوز قسمتها أو وقفها، قال: ولا أعلم خلافاً أن قسمها يمضي إن قسمت ولا ينقض. انتهى بمعناه. وهذا القسم الثالث هو الذي ذكره المصنف.

قوله: (**كَخَيْبَرَ**) حجة للشاذ، وما حكاه عن عمر حجة للمشهور، واستحسن اللخمي وغيره الشاذ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قسم أرض بني قريظة، وخيبر، وفدَك، وقال عمر -رضي الله عنه-: لولا من يأتي من المسلمين لم أدع قرية افتتحت عنوة إلا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسلَّم عمر -رضي الله عنه- أنه صلى الله عليه وسلم قسم العنوة، وأن ذلك لم ينسخ، وأخبر أن القسم باجتهاد منه.

قال في البيان: وقيل: إن عمر -رضي الله عنه- إنما فعل ذلك بعد تطييب نفوس الغانمين، ومن سمحت نفسه بالخروج عن نصيبه بغير عوض قبل منه، ومن لم يسمح أعطاه العوض، فإن قلت: قول المصنف: (**وقِيلَ: يَقْسِمُهَا إِنْ رَأَى**) هل هو مقابل المشهور أو مقابل المشهور تحتم القسم؟ فالجواب: الأمر محتمل. وقد حكى ابن شاس القولين.

وَشَرْطُ الْمُسْتَحِقِّ: أَنْ يَكُونَ ذَكَراً، حُرّاً، بَالِغاً، عَاقِلاً، مُسْلِماً، صَحِيحاً، حَاضِرَ الْوَقِيعَةِ، قَاتَلَ أَوْ لَمْ يُقَاتِلْ ....

يعني: من اجتمعت فيه هذه الشروط أسهم له اتفاقاً وهي ستة، ثم أخذ يتكلم على ما إذا فقد بعضها.

والذِّمِّيُّ كَالْعَبْدِ، وثَالِثُهَا: يُسْهَمُ لَهُ إِنِ احْتِيجَ إِلَيْهِ

ولا خلاف أنه لا يسهم لعبد ولا ذمي إن لم يقاتلا، وأما إن قاتلا فالمشهور لا يسهم [٢٦٩/ أ] لهما؛ لأن المتبادر من قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ ...﴾ الآية. إنما هو من خوطب بالجهاد.

وقال ابن حبيب: إذا نفر أهل الذمة مع طوائفنا فما صار لهم ترك ولم يخمس.

اللخمي: فجعل لهم نصيباً مع الجيش، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف في الذمي.

المازري: وأشار بعض الأشياخ إلى حمل كلام ابن حبيب على أن الإمام أذن لهم في القتال. وقال سحنون: إذا قاتل أهل الذمة ولولاهم لم يقدر المسلمون على تلك الغنيمة أسهم لهم، ولو كان المسلمون إذا انفردوا قدروا عليها لم يسهم لهم، وإلى هذا أشار بقوله: (**إِنِ احْتِيجَ**) وكلام المصنف يقتضي أن الثلاثة الأقوال منصوصة في العبد والذمي، والمنصوص في العبد إنما هو عدم الإسهام، والقولان الآخران مخرجان على قول ابن حبيب وسحنون، هكذا ذكر المازري وغيره.

وَالْمُطبقُ بَعْدَ الْخُرُوجِ كَالْمَرِيضِ

هذا راجع إلى قوله: (**عاقلاً**) وما ذكره المصنف نحوه لابن بشير. قال: وإن كان معه من العقل ما يمكنه به القتال أسهم له، والذي قاله المازري: أن المطبق كالعدم فهو كالميت، والفرق بينه وبين المريض؛ أن المريض تحصل منه منفعة الرأي والتدبير، وكذلك قال الباجي: إن المطبق لا يسهم له.

وَفِي الصَّغِيرِ الْمُطِيقِ لِلْقِتَالِ، ثَالِثُهَا: يُسْهَمُ لَهُ إِنْ قَاتَلَ

هذا راجع إلى قوله: (**بالغاً**) واحترز بالمطيق ممن لا يطيقه فإنه لا يسهم له اتفاقاً، والمشهور أنه لا يسهم لغير بالغ، والقول بأنه يسهم للمطيق إذا حضر القتال سواء قاتل أم لا نقله ابن بشير ولم يعزه، وهو رأي اللخمي. والثالث يسهم للمطيق بشرط أن يقاتل لمالك في الموازية. **ابن المواز**: وإن حضر القتال ولم يقاتل فلا يسهم له.

ونقل اللخمي عن ابن المواز: أنه يسهم لمن راهق وبلغ مبلغ القتال إذا حضر القتال، قال: وقال محمد: لا يسهم له حتى يقاتل. وذهب ابن وهب إلى اعتبار السن فأسهم له إذا

بلغ خمس عشرة سنة، وبه قال أبو حنيفة والشافعي تعلقاً منهم بإجازة النبي صلى الله عليه وسلم ابن خمس عشرة سنة، وللأئمة في فهم هذا الحديث طريقان: **إحداهما**: أن هذه السن علامة على البلوغ. **والثانية**: أنه أجيز لقدرته على القتال فصادفت إطاقته للقتال هذه السن ولم تعتبر السن بمجردها.

تنبيه: ما ذكرناه أن المشهور عدم الإسهام للصبي نص عليه ابن عبد السلام، وهو ظاهر المدونة، وعلى ذلك حملها اللخمي وغيره؛ لإطلاقه فيها عدم الإسهام له. وقال الباجي: لم يعتبر مالك البلوغ في الإسهام. وفي الرسالة: ولا الصبي إلا أن يطيق الصبي الذي لم يحتلم القتال ويجيزه الإمام ويقاتل فيسهم له.

ابن الفاكهاني: والظاهر من المذهب إذا بلغ مبلغ القتال وحضره أسهم له.

فرع: نص في المدونة بعد أن ذكر أنه لا يسهم لصبي ولا امرأة ولا عبد أنه لا يرضخ لهم، ونقل ابن حبيب: أنه يرضخ لهم.

وَفِي الْمَرْأَةِ إِنْ قَاتَلَتْ قَوْلانِ

المشهور: أنه لا يسهم لها، ونقل الباجي، واللخمي، والمازري، وابن راشد عن ابن حبيب: إن قاتلت كقتال الرجال أسهم لها، وانظر هل يتخرج الثالث الذي تقدم في العبد هنا. وقوله: (**إِنْ قَاتَلَتْ**) يريد: وإن لم تقاتل فلا يسهم لها بالاتفاق.

وَالْمَرِيضُ بَعْدَ الإِشْرَافِ عَلَى الْغَنِيمَةِ يُسْهَمُ لَهُ اتِّفَاقاً، وكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ الْقِتَالَ مَرِيضاً، وكَذَلِكَ فَرَسُهُ الرَّهِيصُ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَإِلا فَقَوْلانِ ....

هذا راجع إلى قوله: (**صحيحا**) يعني: أن من خرج صحيحاً ولم يزل كذلك حتى قاتل أكثر القتال، فإن مرضه لا يمنعه من الإسهام اتفاقاً، وكذلك يسهم لمن ابتدأ القتال وهو مريض ولم يزل كذلك إلى أن انهزم العدو، ومقتضى كلامه: أن هذه الصورة متفق

عليها كالأولى. وحكى اللخمي، وابن بشير فيها قولاً بعدم الإسهام وعزاه اللخمي لمالك من رواية أشهب وابن نافع. **اللخمي**: وعليه لا يسهم للفرس الرهيص وهو أحسن، وإذا لم يسهم للبراذين لضعف منفعتها عن الخيل فالرهيص أولى، وهذا مقابل المنصوص، فإن قلت لم لا يجعل قوله: (**عَلَى الْمَنْصُوصِ**) راجعاً للفرس والفارس؟ قيل: لو أراد ذلك لقال: على المنصوص فيهما كعادته، وأيضاً إعادته (كذلك) تقتضي فصلها عما قبلها كعادته. **والرهصة**: مرض في باطن حافر الدابة من حجر تطؤه من الوقرة. الكسائي: يقال رهِصَت الدابة بالكسر رهصاً وأرهصها الله سبحانه فهي مرهوصة. ويدخل في قوله: (**وَإِلا فَقَوْلانِ**) أربع صور:

الأولى: يخرج من بلد الإسلام مريضاً ولا يزال كذلك حتى ينقضي القتال، وحكى الخلاف فيها اللخمي، قال: وأرى ألا شيء له إلا أن يكون له رأي؛ ورب رأي أنفع من قتال.

الثانية: يخرج صحيحاً ثم يمرض قبل الدخول في بلاد الحرب.

الثالثة: كذلك، ويمرض بعد دخولها.

الرابعة: يخرج صحيحاً ويشهد القتال كذلك ثم يمرض قبل الإشراف على الغنيمة.

وحكى ابن بشير الخلاف في الجميع؛ لأنه حكى في المريض أربعة أقوال:

أحدها: عدم الالتفات إلى المرض ووجوب السهم ولو خرج من بلاد الإسلام مريضاً.

والثاني: أنه لا يسهم له إلا بعد شهود القتال والإشراف على الغنيمة.

والثالث: إن مرض وقد ابتدأ القتال وإن لم يشرفوا على الغنيمة أسهم له، وإلا فلا.

[٢٦٩/ ب] **والرابع**: إن كان المرض قبل الحصول في حد أهل الحرب لم يسهم له، وإن كان بعد الحصول أسهم له، قال: وإن فصلت قلت: أما إن أشرفوا على الغنيمة ثم مرض أسهم له اتفاقاً، وإن لم يشرفوا ففي كل صورة قولان. أما إن خرج مريضاً ثم صح

قبل دخول بلاد الحرب، أو بعد دخولها وقبل القتال، أو بعد ذلك وقبل الإشراف فإنه يسهم له، ولا تدخل هذه الصورة في كلامه؛ لأن كلامه في حصول المانع لا في زواله.

والأَعْمَى والأَعْرَجُ إِنْ كَانَتْ بِهِمْ مَنْفَعَةٌ فِي الْحَرْبِ أَوْ سَبَبِهِ فَكَالصَّحِيحِ، وإِلا فَكَالْمَرِيضِ

قال: (**بِهِمْ**) لأن مراده جنس الأعمى والأعرج، كقوله تعالى: ﴿ **وَإِن طَآبِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ** ﴾ [الحجرات:٩] وكقوله: ﴿ **هَـٰذَانِ خَصْمَانِ ٱخْتَصَمُواْ** ﴾ [الحج:١٩].

وقوله: (**أَوْ سَبَبِهِ**) كَبَرْيِ النبل وحبك الأحبل للطوارئ والتدبير.

وقوله: (**كَالصَّحِيحِ**) يقتضي أنه يسهم له بالاتفاق، وأن الخلاف إنما هو إذا لم تحصل به منفعة، وكلام غيره على العكس، وأن الخلاف فيما إذا كانت بهم منفعة في الحرب. سحنون: ويسهم للأعمى، والمقعد، والأقطع، والمجذوم؛ لأن الأعمى يبري النبل ويكثر الجيش ويدبر، وقد يقاتل المقعد والمجذوم فارساً، وظاهر العتبية أنه لا يسهم للأعمى وبه قال اللخمي وابن يونس؛ لأنهما قالا: الصواب في الأعمى لا شيء له، وإن كان يبري النبل دخل بذلك في جملة الخدمة الذين لا يقاتلون. قالا: وكذلك أقطع اليدين لا شيء له، وإن كان أقطع اليسرى أسهم له، ويسهم للأعرج إن حضر القتال، وإن كان ممن لا يجسر على القتال بوجه لم يسهم له إلا أن يقاتل فارساً، ولا شيء للمقعد إذا كان راجلاً، وإن كان فارساً يقدر على الكرِّ والفرِّ أسهم له.

ابن رشد: ويسهم لأقطع الرجلين. ونص ابن بزيزة على أن المشهور عدم الإسهام للأعمى، والمقعد، والأقطع، والأشل، والأعرج. **ابن عبد السلام**: فأنت ترى كلام هؤلاء فيمن له منفعة، وظاهر كلامهم أن من لا منفعة فيه فهو أشد من المريض؛ للزوم المانع في حقهم وعرضيته في حق المريض وعدم انضباطه.

وَالضَّالُّ عَنِ الْجَيْشِ فِي بِلادِ الْمُسْلِمِينَ لا يُسْهَمُ لَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِي بِلادِ الْعَدُوِّ يُسْهَمُ لَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

حاصله ثلاثة أقوال: **الأول**: يسهم له مطلقاً، رواه أصبغ عن ابن القاسم. **والثاني**: لا يسهم له مطلقاً، وهي رواية ابن نافع عن مالك. والتفصيل لابن شاس وغيره وهو المشهور؛ لأنه إذا ضل في بلاد العدو وحصلت به المنفعة، وهي تكثير سواد المسلمين في بلاد العدو. ونص في المدونة على الإسهام للضال في بلاد العدو، ومفهومها عدم الإسهام للضال ببلاد المسلمين، لكن قال أبو الحسن: يحتمل أن تكون رواية أصبغ تفسيراً.

وَكَذَلِكَ لَوْ رَدَّتِ الرِّيحُ بَعْضَهُمْ مَغْلُوبِينَ

ظاهره أنه يفصل في ذلك بين أن ترده الريح في بلاد الإسلام أو في بلد العدو، وقد شبَّهَ في المدونة من ردته الريح بالضال. ابن عبد السلام: وظاهر المدونة أنه يسهم لمن ردته الريح من غير تفصيل. وقد ذكرنا أنه لم ينص فيها إلا على من ضل في أرض العدو، وكذلك لم ينص إلا على من ردته الريح من أرض العدو، وقد ذكرنا أن أبا الحسن قال: يحتمل أن يقال بالإسهام للضال مطلقاً وهو هنا أوضح؛ لأن الغلبة تتحقق في الرد بالريح بخلاف الضال، وقد فرقوا بين اصطدام الفارسين والسفينتين، وروى ابن نافع عن مالك: أنه لا يسهم لمن ردته الريح من أرض العدو، وبه قال سحنون، واستحسنه اللخمي.

فرع:

ابن المواز: وإن خرجت مراكب من مصر غزاة فاعتل منها مركب فتخلفوا لإصلاحه فخافوا لما بقوا وحدهم فرجعوا إلى الشام خوفاً، فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم، وكذلك لو مرضوا فرجعوا، أو انكسر مركبهم فرجعوا إلى الشام خوفاً، فلا شيء لهم فيما غنم أصحابهم، قلت: فإن أسهم لهم فأعطوهم؟ قال: فلا يرجع عليهم، وقد فات ذلك وأنفقوه. قلت: فإن ولجوا

بلاد العدو وجازوا قبرص ثم عرض لهم ما عرض فرجعوا إلى الشام خوفاً من العدو حتى رجع الجيش، قال: هذا عذر إذا بان خوفهم، فهذا مشكل ويسهم لهم.

فرع: نص أشهب في الموازية على أنه إذا ظفرنا بالعدو وفيهم مسلمون أسارى، أنه يسهم لهم وإن كانوا في الحديد؛ لأنهم إنما دخلوا أولاً للقتال وغلبوا عليه فكانوا كالضال.

ومَنْ رَدَّهُ الإِمَامُ لِمَنْفَعَةِ الْجَيْشِ أُسْهِمَ لَهُ، وإِلا فَقَوْلانِ

تبع المصنف في هذا ابن بشير، والذي ذكره اللخمي والمازري أن الخلاف إنما هو فيمن تأخر عن القتال لمصلحة الحرب وذكر القولين لمالك، وأما إن تخلف لغير عذر أو لأمر لا يعود على الحرب فلا يسهم له، وتابع ابن بزيزة ابن بشير، وفيمن رده الإمام لحاجة قولان عندنا، والأصل في ذلك رده صلى الله عليه وسلم عثمان لمرض ابنته التي كانت تحت عثمان، وهذا الخلاف إنما هو فيمن رد لحاجة المسلمين، وأما من رده الإمام لحاجة الجيش وحده، فلا خلاف أنه يسهم له. وحكى ابن شاس عن المذهب أنه لا يقسم له وهو غير معروف. اهـ.

فرع: إذا أقر الغازي بالرجوع وزعم أنه رجع مغلوبا أو ضالاً، فإن ادعى ما له أمارة من ريح ردت مركباً كان فيها، أو خوفا أو غرر طريق وظهرت أمارة صدقه قبل قوله وإلا فلا، ولو أنكر التخلف فهو مدعٍ عليه الإقرار أنه من الجيش، ولا [٢٧٠/ أ] يثبت تخلفه بقول أحد ممن يشاركه في الغنيمة؛ لأنه جَارٌّ لنفسه، وفي قبول قول الأمير في ذلك قولان بناء على أنه حكم بعلمه فيما تدعو الضرورة إليه فيجوز وإليه ذهب سحنون، كالعدالة أو جَارٌّ لنفسه فلا يجوز وإليه ذهب ابن القاسم، وانظر قولهم هنا لا يقبل قول أحد ممن شاركه من الجيش، مع أن المشهور أن من سرق من الجيش من الغنيمة يقطع، والمتبادر إلى الذهن عكسه.

وَالتَّاجِرُ وَالأَجِيرُ بِنِيَّةِ الْغَزْوِ أَصْلاً يُسْهَمُ لَهُمَا وَإِلا فَلا، إِلا أَنْ يُقَاتِلا

يحتمل أن يريد بالأصل أنها هي الأصل وتكون التجارة أو الإجارة تابعة لها، ويحتمل أن يريد ألا تكون تبعاً فيشمل صورتين إذا كانت نية الغزو هي المقصودة، وإذا كانت هي والتجارة مقصودتين، وهذا الاحتمال هو الذي تصح عليه المسألة فيجب أن يعول عليه؛ لأنه الذي نص عليه ابن القصار، وذكر المازري أنه لا يعلم فيه خلافاً أن الأجير المملوك المنافع إذا خرج لهما يسهم له قاتل أو لم يقاتل، وإن خرج بنية التجارة فقط لم يسهم له إلا أن يقاتل، وعلى هذا اقتصر المصنف بقوله: **(وَإِلا فَلا، إِلا أَنْ يُقَاتِلا)** ونص ابن القصار على أن هذا التفصيل إنما هو في الأجير المستحق المنافع، قال: وإن كان أجيراً على شيء بعينه كخياطة ثوب أسهم له، حضر القتال أو لم يحضر، وحكى جماعة في الأجير ثلاثة أقوال:

الأول في الموازية: يسهم له إذا شهد القتال.

الثاني وهو المشهور ومذهب المدونة: أنه يسهم له بشرط أن يقاتل. قال في المدونة: وكذلك التاجر.

الثالث لمالك في العتبية: لا يسهم له وإن قاتل؛ لأن خروجه لم يكن للجهاد. سحنون مُفرعاً على الإسهام: وإذا أعطي سهمه بطل من أجره بقدر ما اشتغل عن الخدمة.

بعض القرويين: وليس لمن استأجره أن يأخذ منه السُّهمان عوضاً عما عطل من الخدمة، بخلاف أن يؤاجر نفسه في خدمة أخرى؛ لأن ذلك قريب بعضه من بعض، والسُّهمان ربما كثرت فكانت أكثر مما استأجره مراراً. **ابن يونس**: ولأن القتال لا يشابه الخدمة؛ لأن فيه ذهاب النفس.

ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ: إن الأجير إما أن يكون على منفعة عامة للجيش أو خاصة في معنى، ولكنه لا يختص ببعضهم، أو خاصة ببعضهم. **فالأول**: كرفع الصواري،

وإمساك الأحبل في البحر، وتسوية الطرق في البر. واختلف في الإسهام لهم على قولين. **والثاني**: كالخياطة لهم، أو عمل آلة تختص ببعضهم، وهؤلاء اختلف فيهم على قولين؛ إذا شهدوا القتال، وإن لم يقاتلوا. **والثالث**: كأجير الخدمة لرجل مخصوص، فهذا فيه ثلاثة أقوال ولعلها التي تقدمت.

والْمُسْتَنِدُ إِلَى الْجَيْشِ مِنْ مُفردٍ أَوْ سَرِيَّةٍ كَالْجَيْشِ، وإلا فَلَهُمْ كَالْمُتَلَصِّصِينَ فَيُخَمَّسُ الْمُسْلِمُ دُونَ الذِّمِّيِّ، وفِي الْعَبْدِ قَوْلانِ ...

يعني: إذا خرجت سرية من الجيش أو واحد منهم وغنمت كالجيش، فما غنمه الجيش دخلت فيه السرية، وما غنمته السرية قسم عليها وعلى الجيش جميعه، لأنها بقوة الجيش غنمت. قال في التلقين: وسواء خرجت بإذن الإمام أو بغير إذنه، فإن خرجت ابتداء من البلد فالغنيمة لها خاصة، وأشار المصنف إلى الخارجة من البلد بقوله: (**وإلا فَلهُمْ**) أي: وإن لم يكن جيش يستند إليه بل خرج رجل أو جماعة متلصصون فحكمهم حكم الجيش المنفرد، فإن كانوا مسلمين خمس وكان لهم أربعة أخماسه، وإن كانوا أهل ذمة ترك لهم ما غنموه ولم يخمس، وفي تخميس ما غنمه العبيد قولان. قال ابن القاسم: يخمس، وقال سحنون: لا يخمس. واختلف في الذمي والعبد إذا وجد ركازاً، فقيل: يخمس، وقيل: لا يخمس. **اللخمي**: واختلف فيما غنمه النساء والصبيان إذا انفردوا بالغنيمة هل يخمس أم لا، وكأنه أشار إلى تخريجه على ما انفرد العبيد به، ولم يذكر التونسي تخريجاً ولا أشار إليه، بل تردد -رحمه الله- في ذلك، قال: ولا نعلم نص خلاف أنه يخمس ما أصابوه من ركاز.

وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ قَسْمِهَا فَسَهْمُهُ لِوَرَثَتِهِ، أَمَّا لَوْ مَاتَ قَبْلَ اللِّقَاءِ فَلا يُسْهَمُ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ اللِّقَاءِ وَقَبْلَ الْقِتَالِ فَقَوْلانِ، وَكَذَلِكَ مَوْتُ فَرَسِهِ ....

حاصله: أن المسألة تنقسم إلى ثلاثة أقوال:

الأول: أن يموت بعد الفتح وقبل قسمة الغنيمة، والحكم أنه يسهم له. ابن عبد السلام: ولا أعلم في هذا خلافاً. **فإن قيل**: يرد هذا ما نقلوه من أنه اختلف على قولين هل تملك الغنيمة بنفس أخذها أو بالقسمة على الغانمين؟ **فجوابه**: إن هذا الخلاف ليس بعام، وإنما مرادهم به إدخال من لحق الجيش قبل القسمة، أو أسلم، أو أعتق، أو بلغ، أو ما أشبه وبذلك فسروه.

والقسم الثاني: أن يموت قبل اللقاء، ولا إشكال في عدم الإسهام له إن مات قبل وصول بلاد الكفر، وكذلك إن مات ببلاد الكفر على المشهور. ونقل في البيان عن ابن المجشون: أنه يستحق الإسهام بالإدراب ببلادهم إلى حين قفول العسكر.

الثالث: أن يموت بعد اللقاء وقبل القتال، وفيه قولان كما ذكر، والقول بعدم الإسهام لمالك في الموازية وبه قال سحنون، وحكى ابن حبيب عن أصحاب مالك أن مشاهدة القرية والعسكر كالقتال. ويتحصل في [٢٧٠/ ب] هذا القسم والذي قبله أربعة أقوال:

الأول لابن الماجشون: أنه يستحق الإسهام بالإدراب في أرض العدو إلى حين القول. **الثاني**: أنه لا يستحق إلا بلقاء العدو ومشاهدة القتال، وهو الذي في الواضحة، وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى. **الثالث**: أنه لا يستحق بلقاء العدو ومشاهدة القتال إذا مات بعده إلا ما غنم وافتتح بقرب ذلك، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى. **والرابع** لسحنون: أنه لا يستحق بمشاهدة القتال إذا مات بعد ذلك إلا ما غنم وافتتح بذلك القتال خاصة، وهل يسهم لمن مات بعد غنيمة مما غنم بعد موته؟ ففي الموازية عن مالك: إذا كانت غنيمة متتابعة فله سهمه من الجميع، مثل أن يفتحوا حصناً فيموت ثم

آخر على جهة الأمر الأول. **أصبغ**: وأما لو رجعوا قافلين ونحو ذلك من انقطاع الأمر الأول فلا شيء له، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم. وقال سحنون: مثل أن يكون حصن تحت سور أخذ ربض ثم مات ثم أخذ ربض آخر بعده، وأما ما ابتدئ قتاله من الحصون بعد موته فلا يسهم له وإن كان قريباً.

ابن رشد: ويشبه أن يكون هذا القول هو مذهب المدونة.

وَلِلْفَرَسِ سَهْمَانِ وَلِلْفَارِسِ سَهْمٌ كَالرَّاجِلِ

لما في البخاري ومسلم عن ابن عمر: **أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين وللفارس سهماً**. وفي أبي داود نحوه، وهذا -والله أعلم- إما لعظم مؤنة الفرس، وإما لقوة المنفعة به، ولهذا لم يسهم للبغل ونحوه. وعن ابن وهب: أنه قال للفرس سهم واحد كراكبه. وشبه المصنف الفارس بالراجل ليفيد الحكم فيه. والله أعلم.

وَلا يُسْهَمُ لِلْفَرَسِ الثَّانِي عَلَى الْمَشْهُورِ كَالزُّبَيْرِ يَوْمَ حُنَيْنٍ، وَلا يُسْهَمُ لِلثَّالِثِ اتِّفَاقاً

حاصله: أنه يسهم للفرس الواحدة ولا يسهم للثالث اتفاقاً، واختلف في الثاني، فالمشهور أنه لا يسهم له؛ لما ورد: أن الزبير كان له فرسان يوم حنين فلم يسهم إلا لواحد. وقال ابن وهب، وابن حبيب: يسهم له، واختاره ابن الجهم. وروي في بعض طرق حديث الزبير أنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك.

وَإِنْ كَانُوا فِي السُّفُنِ وَمَعَ بَعْضِهِمْ خَيْلٌ فَكَذَلِكَ

وجه هذا ظاهر؛ لأن المقصود بحملها معهم القتال عليها عند الحاجة إليها. قال في المدونة: وكذا إن أسر أهل العسكر رجَّالة وتركوا خيلهم، فإنه يسهم للفرس كما لو كان راكبه عليه، واختار اللخمي عدم الإسهام للخيل التي في السفن.

والْبِرْذَوْنُ والْهَجِينُ والصَّغِيرُ يَقْدِرُ بِهَا عَلَى الْكَرِّ والْفَرِّ كَغَيْرِهَا، بِخِلافِ الإِبِلِ، والْبِغَالُ والْحَمِيرُ ....

ابن حبيب: البراذين: هي العظام. **الباجي**: يريد الجافية الخلقة العظيمة الأعضاء. وقيل: البرذون ما كان أبوه وأمه قبطيين، وإن كانت الأم قبطية والأب عربي فهو هجين، وبالعكس مُقْرِف. وقيل بعكسه، وقال ابن حبيب: الهجين الذي أبوه عربي وأمه من البراذين.

قوله: (**يَقْدِرُ بِهَا عَلَى الْكَرِّ والْفَرِّ**) شرط في الإسهام، وظاهره أنه لا يشترط مع ذلك إجازة الإمام ونحوه لابن حبيب، وشرط في المدونة والموطأ في البراذين إجازة الوالي لها، وحمل الباجي والمازري قول ابن حبيب على الخلاف. وقال التلمساني: الأول أن يحمل مطلق قوله في الواضحة على مقيد قوله في المدونة.

خليل: وقد يقال بل يحمل ما في المدونة على ما في الواضحة؛ لأنه قد اشترط في الواضحة أن يقدر بها على الكر والفر، وهي إذا كانت كذلك يجيزها الإمام، لكن قوله في الجلاب: والهجين والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي وكانت سراعاً خفافاً تقارب العتاق، يَرُدُّ هذا. والله أعلم. وما ذكره المصنف في الصغير نص عليه ابن حبيب.

الباجي: ولو دخل بفرس صغير فكبر وصار يقاتل عليه، أسهم له من يوم بلوغه حد الانتفاع به، قاله سحنون. كما أنه يسهم للصبي إذا بلغ مما غنموه بعد بلوغه. ويسهم لإناث الخيل كذكورها، رواه ابن عبد الحكم عن مالك. وفي البخاري: قال راشد بن سعيد: كان السلف يستحبون الفحولة في الخيل؛ لأنها أجرأ وأجسر.

سحنون: وإذا دخل بفرس لا يقدر أن يقاتل عليه من كبر، فهو راجل لا ينبغي للإمام أن يجيزه.

الباجي: وهذا يدل على أن على الإمام أن يتفقد أمر الخيل، فيجيز منها ما يجب ويرد منها ما لا يمكن القتال عليه. وفي الجواهر: ويسهم للضعيف؛ لأنه يرجى برؤه. وقال أشهب،

وابن نافع: لا يسهم له؛ لأنه لا يمكن القتال عليه الآن فأشبه الكسير، ولا يسهم للأعجف إذا كان في حيز ما لا ينتفع به، ولا خلاف أنه لا يسهم للإبل والبغال والحمير.

والْمَغْصُوبُ مِنَ الْغَنِيمَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ الْجَيْشِ كَغَيْرِهِ، ومِنَ الْجَيْشِ فَقَوْلانِ

يعني: إذا غصب أحد فرساً وغزا عليه، فإن كان الفرس من الغنيمة فسهماه للغاصب؛ أي: في غنيمة أخرى، وكذلك لو كان مغصوباً من غير الجيش. واختلف إذا غصبه من غاز، وهو مراده بقوله: (**ومِنَ الْجَيْشِ**) فقال ابن القاسم: سهماه لربه، وبه أخذ محمد. وقال أشهب، وسحنون: سهماه للغاصب وعليه أجرة مثل الفرس. سحنون: إلا أن يأخذه بعد انتشاب القتال فيكون لربه.

ابن عبد السلام: ومن الشيوخ من يذكر القولين في هذه المسألة [٢٧١/أ] على الإطلاق من غير تفصيل في الفرس هل غصب من غنيمة أو من غيرها. وفي الفرس المستعار قولان؛ **أحدهما**: أن سهميه للمقاتل عليه، وهو لمالك في الموازية، وأحد قولي ابن القاسم. **والثاني**: لربه وهو أحد قولي ابن القاسم.

المازري: وسبب الخلاف أن السهمين أضيفا للفرس، فهل يقال ذلك لأجل فارسه والفرس تبع أو هما للفرس؟ فإن قدرنا ذلك مستنداً للفرس والفارس كالتبع كان السهمان للمعير، لاسيما إذا راعينا المقصود وقلنا: لم يقصد المعير إلا هبة حركة الفرس لا هبة ما نشأ عن الحركة، وإذا قدرنا أنهما للفارس جاء القول الآخر وخرج القولين في مسألة الغصب على هذا الأصل، فعلى قول من أسند السهمين للفارس يكونان للغاصب، وعلى القول بإسنادهما للفرس يكونان كغلات المغصوب، وفي ذلك خلاف يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

خليل: وعلى هذا لا يبعد أن يخرج قول بأن يكون السهمان لربها وإن لم يكن حاضراً في الجيش.

المازري: وأما إن قاتل على فرس حبس، فإن السهمين للمقاتل عليه، أما على أن السهمين للفارس فواضح، وأما على أنهما للفرس؛ فلأن المحبس لما حبس هذا الفرس وأخرجه عن ملكه صار قاصداً لتسليم حركاته وما يكون عنها. قال: ولو أن عبداً قاتل على فرس سيده، فإن قلنا: إن السهمين مستندان للفرس كان ذلك لسيده، وإن قلنا: إنهما مستندان للفارس، فهذا العبد ممن لا يسهم له، فهذه المسألة لا أعرف فيها نصاً وفيها نظر على هذين البناءين.

فرع: إذا كان الفرس بين رجلين فسهماه لمن حضر به القتال وإن كان الآخر قد ركبه في أكثر الطريق، وعلى المقاتل أجرة نصيب شريكه، فإن شهدا القتال عليه معاً، فلكل واحد مقدار ما حضر عليه من ذلك وعليه نصف الإجارة، قاله مالك في كتاب ابن سحنون.

والْغُلُولُ فِي غَيْرِ الطَّعَامِ ونَحْوِهِ وآلاتِ الْقِتَالِ مُحَرَّمٌ إِجْمَاعاً، وأَمَّا الطَّعَامُ فَلِكُلٍّ أَخْذُ حَاجَتِهِ ....

الغلول اصطلاحاً: هو الخيانة من المغنم. واختلف اللغويون هل هو مقصور على الخيانة من المغنم وهو مذهب أبي عبيد، أو عام في كل خيانة وعليه الأكثر. وهذا فيما فعله ثلاثي وهو: غَلَّ يَغُلُّ بضم الغين في المضارع، وأما الرباعي وهو: أَغَلَّ يَغِلُّ فهو الخيانة على الإطلاق. **ابن قتيبة**: وسمي بذلك لأن من أخذه كان يغله في متاعه؛ أي: يدخله. ونقل المصنف، وسحنون، وابن حبيب وغيرهم: ويؤدب الغال ولا يحرق رحله ولا يمنع سهمه، وإن جاء تائباً أخذ منه ولم ينكل؛ لأن التعازير تسقط بالتوبة.

وقال مالك في العتبية: ما سمعت فيه شيئاً، ولو أدب لكان لذلك أهلاً. وحمل في البيان ما قاله ابن القاسم وغيره من السقوط على أنه تاب قبل القسم ورد ما غل في المغانم، وأما لو تاب بعد القسم لما سقط عنه الأدب عند جميعهم. واختلف هل يجوز أخذ ما قل؟ فقال في المدونة في جلود البقر تكون في المغانم: لا بأس أن يتخذ منها نعال وخفاف إذا احتيج

إليها. وقال ابن نافع: لا يجوز فيها له ثمن وإن احتاجوا إليها. وقول المصنف: (**فِي غَيْرِ الطَّعَامِ**) يوهم أنه في الطعام أيضاً غلول وليس كذلك، فإن ما يأخذه المجاهد من الطعام المحتاج إليه مباح، سواء أخذه خفية أو ظاهراً، وربما ندب الأخذ للتقوي على العدو، ولهذا قال: وأما في الطعام فلكُلٍّ أَخْذُ حاجته، يريد بغير إذن الإمام، والأصل في هذا ما في الصحيحين عن عبد الله بن مغفل قال: **أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطي منه شيئاً، فالتفت فإذا برسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم.** فأقره صلى الله عليه وسلم على أخذه. وفي البخاري عن ابن عمر: **كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه.**

وَفِي أَخْذِ الأَنْعَامِ الْحَيَّةِ لِلذَّبْحِ قَوْلانِ، ثُمَّ يَرُدُّ مَا فَضَلَ

القول بالجواز هو المعروف ذكره في المدونة، والموطأ وغيرهما. والقول الآخر لم أره معزواً. وإذا أخذ الأنعام للحاجة، فله أخذ جلدها إن احتاج إليه وإلا رده للمغانم.

وَفِي السِّلاحِ وَنَحْوِهِ بِنِيَّةِ الرَّدِّ لِلْقَسْمِ قَوْلانِ، وَكَذَلِكَ ثَوْبٌ يَلْبَسُهُ أَوْ دَابَّةٌ يَرْكَبُهَا إِلَى بَلَدِهِ ....

احترز بنية الرد مما لو أخذها بنية التملك، فإن ذلك لا يجوز باتفاق، ونقله ابن بشير، والقولان في المدونة ففيها: وللرجل أن يأخذ من الغنم سلاحاً يقاتل به ويرده، أو دابة للقتال أو ليركبها لبلده إن احتاجها ويردها إلى الغنيمة، فإن كانت قد قسمت باعها وتصدق بالثمن، والسلاح كذلك، وكذلك ما يحتاج إلى لبسه من ثياب، وروى علي، وابن وهب أن مالكاً قال: لا ينتفع بدابة ولا سلاح ولا ثوب، ولو جاز ذلك لجاز أن يأخذ العين ويشتري به هذا، واختلف الشيوخ في هذا الإلزام؛ فالتزم التونسي جواز أخذ العين ليشتري بها هذه الأشياء على القول الأول إذا دعت إلى ذلك ضرورة، وفرق صاحب النكت بأن الشراء زيادة تصرف فيما أذن فيه، ولا يلزم من جواز التصرف في شيء على وجه أن يلزم [٢٧١/ ب] على سائر الوجوه، وهذا هو الظاهر، ولو كان أخذ

العين جائزاً لما كان لإلزام مالك معنى. نعم ذكر ابن سحنون عن بعض أصحابنا جواز أخذ الطعام وبيعه ليتوصل به إلى ما يباح له أخذه، ورأى في البيان أن القولين اللذين في المدونة إنما هما فيما عدا الانتفاع بالخيل والسلاح في معمعة الحرب، وإنما اختلفوا: هل له أن يمسكها بعد الحرب ويقفل على الخيل أم لا؟

وقول المصنف: (**وَكَذَلِكَ ثَوْبٌ يَلْبَسُهُ**) أي: ففيه القولان، ولو جمع المصنف الجميع لكان أخصر، واختار اللخمي الجواز في الفرس والسلاح دون الثوب.

وَيَجِبُ الرَّدُّ لِلْجَيْشِ إِلا فِي الْيَسِيرِ

يعني: أن ما فضل للمجاهد مما أبيح له أخذه إن كان كثيراً رده للجيش إن أمكن، وإن كان يسيراً جاز له أكله؛ لأنه إنما أبيح للحاجة والزائد غير محتاج إليه، ولوحظ في اليسير أن قدر الحاجة لما لم يكن منضبطاً بقدر معلوم بل يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة صار داخلاً فيما دعت الحاجة إليه.

مالك: وإذا أخذ طعاماً ثم استغنى عنه فليعطه لأصحابه بغير بيع ولا قرض. وما حد اليسير؟ **ابن القاسم**: له حبس ما لا ثمن له وما ثمنه الدرهم وشبهه. ابن شعبان: وما ساوى نصف دينار فيرد إلى المغنم.

فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ فَكَالْمَجْهُولِ يُتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: فإن لم يمكن رد الكثير، فالمشهور أنه يتصدق به كالمال الذي جهلت أربابه كاللقطة إذا مضى لها عام ولم يعلم لها مالك، فإن قلت: يلزم من تشبيه المصنف تشبيه الشيء بنفسه، إذ هو بعد افتراق الجيش ولم تعلم أعيان المقاتلين كمال جهلت أربابه، قيل: لا؛ لأن الخمس هنا لبيت المال وهو معلوم، لكنه كالتابع لما ليس بمعلوم، ومقابل المشهور لابن المواز: أنه يتصدق به حتى يبقى اليسير فيجوز له أكله، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف واستبعد؛ لأن اليسير يغتفر في نفسه ولا يغتفر مع غيره.

وإِنْ أَوْصَى بِهِ ولَمْ يُعْلَمْ تَحَقُّقُهُ فَمِنَ الثُّلُثِ

هذا الكلام ذكروه في الغلول، ومفهومه: أنه لو تحقق لكان من رأس المال، والذي نص عليه ابن القاسم وغيره هنا: إنما يكون من رأس المال إذا كان قريباً ولم يفترق الجيش، وأما إذا تطاول فإنه في الثلث؛ وكأن المصنف رأى أن مع القرب وعدم افتراق الجيش يعلم صدقه، ومع البعد لا يعلم صدقه.

خليل: والأظهر ما يؤخذ من كلام المصنف، وأنه إذا علم تحققه يخرج من رأس المال ولو طال؛ لأن الوارث حينئذ لا حق له فيه، لاسيما إذا كانت عينه قائمة.

ولَوْ أَقْرَضَهُ لِمِثْلِهِ لَمْ يَجِبْ رَدُّهُ إِلَيْهِ

لأنه إنما أبيح له من الطعام ما هو محتاج إليه، وما أقرضه لغيره صار في معنى المستغنى عنه، وصار قابضه هو المحتاج إليه. اللخمي: وإذا لم يلزم المستقرض رد المثل لم يلزم المشتري رد الثمن. **ابن عبد السلام**: والكلام في هذا الفصل يشبه الكلام في طعام الضيف، وأنه كما يقال: لا يستحق إلا بالأكل لا بوضعه بين أيديهم.

خليل: وما ذكره من أن طعام الضيف إنما يملكه بالأكل ذكره في البيان في باب الأيمان والنذور؛ لأنه قال فيمن دعاه أصحابه ليأكل معهم: لو أراد كلما قطع لقمة ورفعها إلى فيه أن يجعلها في كمه ويذهب بها إلى بيته أو يطعمها لغيره، لم يكن ذلك له إذا لم يأذن فيه أصحابه.

وتَمْضِي الْمُبَادَلَةُ بَيْنَهُمْ فِيهِ، كَلَحْمٍ بِعَسَلٍ أَوْ سَمْنٍ ونَحْوِهِ

يعني: إذا حصل لأحد من أهل الجيش عسل ولآخر لحم مثلاً فلكل واحد أن يعاوض صاحبه، ولا إشكال أن لكل واحد أن يمنع صاحبه مما بيده إذا كان محتاجاً إليه حتى يبادله، وانظر لو قبض العوض وامتنع من دفع المعوض، وقياس قولهم لا يجب رد المثل في القرض عدم جبره على دفع العوض، وأجاز سحنون هنا بدل القمح بالشعير

متفاضلاً، ومنعه ابن أبي الغمري إلا متساوياً. **اللخمي**: والأول أقيس؛ لأن كل واحد منهما إنما يعطي ما استغنى عنه فللآخر أن يأخذه بغير عوض، وأشار بعضهم إلى التفرقة. قال: إن وقعت المبادلة فيما يستغني كل واحد منهما عنه، فهذا لا يضر فيه التأخير؛ لأن كل واحد من الآخذ والدافع يجب عليه أن يعطيه لمن احتاج إليه، وإن وقعت المبادلة فيما يحتاجان إليه لكن حاجة كل واحد إلى ما في يد صاحبه أشد من حاجته إلى ما في يده، فهذا تجب فيه المناجزة؛ لأن كل واحد قد ملك ما في يده، ولعل الخلاف هنا كالخلاف في الربا بين العبد وسيده. **اللخمي**: واختلف فيمن باع طعاماً واشترى بثمنه طعاماً آخر، فكرهه ابن حبيب ورأى الثمن مغنماً بخلاف المبادلة.

سحنون: وقال بعض أصحابنا إن باعه لحاجة ليصرف ثمنه في كسوة أو سلاح ولا شيء عنده، لا بأس به كما لو أخذه من المغنم، فإذا بلغ بلاده تصدق به، وإن باعه ليتبادل به كان ثمنه مغنماً.

فرع: اختلف إذا جهل المستقرض أو توهم أن الرد يلزمه فقضاه من طعام بملكه، فقيل: يرجع بما دفع إن كان قائماً، وإن فاته المدفوع إليه فلا شيء عليه، كمن عوض من صدقة فظن أن ذلك يلزمه فإنما يرجع مع عدم الفوات وإن فات فلا؛ لأنه سلط المدفوع إليه، وقال بعض القرويين: يرجع مطلقاً؛ لأنه إنما [٢٧٢/أ] دفع العوض في الغنيمة للشرط. **ابن يونس**: والأول هو الصواب.

وَمَنْ بَاعَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ فَثَمَنُهُ لِلْغَنِيمَةِ

تصوره ظاهر. وفي العتبية عن ابن القاسم فيمن باع طعاماً بأرض الحرب ممن يأكله رد الثمن في المغنم لا على المبتاع، وحمل اللخمي ذلك على أنه باعه من غير الجيش، أو ممن خرج لغير الجهاد من أجير أو تاجر، قال: ولو باعه من بعض الجيش ليأكله رد الثمن على المبتاع.

وَأَمَّا مَنْ نَحَتَ سَرْجاً أَوْ بَرَى سَهْماً فَهُوَ لَهُ ولا يُخَمَّسُ

في المدونة، مالك: ومن نحت سرجاً أو برى سهماً أو صنع مشجباً ببلد العدو فهو له ولا يخمس. **سحنون**: معناه إذا كان يسيراً. **اللخمي**: وقال ابن الماجشون: إن كان له قدر أخذ إجارة ما عمل والباقي يصير فيئاً. قال ابن يونس: وكذلك في الموازية. وحمل صاحب البيان قول سحنون على الخلاف؛ لأنه قال: وقد اختلف فيه إذا كان كثيراً على ثلاثة أقوال: **أحدها**: أنه له وله بيعه. **والثاني**: أنه يأخذ إجارة ما عمل والباقي فيء، وهذان القولان في المدونة، ولا يكونان فيها إلا إذا كان كلام سحنون خلافاً. **والثالث**: أن جميعه فيء ولا أجرة له في عمله، وهو قول ابن القاسم في سماع سحنون، وأما اليسير فلا اختلاف أنه له ولا شيء عليه فيه، وهذا الاختلاف إنما هو فيما عمل مما لا ثمن له أو مما له ثمن، على مذهب من يرى أن للرجل أن يأخذ من أرض العدو ما لم يحوزوه إلى بيوتهم من أشيائهم المباحة، مثل المسن والدواء من الشجر والطير للاصطياد إذا صادها، وهو قول ابن وهب، وابن عبد الحكم. وأما على مذهب من يرى أنه ليس له أن يأخذ شيئاً من ذلك إذا كان له ثمن، وأن ما صاده للأكل حكمه حكم طعام الغنيمة، وأن من باع منه شيئاً جعل ثمنه في المقاسم، وهو قول ابن حبيب في الواضحة وعزاه إلى مالك وأصحابه، فيتخرج على قولين: **أحدهما**: أنه يرد في المقاسم ولا أجرة له. **والثاني**: أن يكون له أجر مثله والباقي فيء. انتهى.

وذكر الباجي أن على قول ابن حبيب جمهور الأصحاب؛ لأنه قال: أما ما له قيمة بأرض العدو كالبازي والصقر، فجمهور أصحابنا أنه يكون مغنماً، وحكاه ابن حبيب عن مالك، قال: وأما ما ليس له ببلد العدو إلا قيمة يسيرة، فروى أشهب عن مالك أنه قيل له: إن بأرض العدو أشجاراً لها ثمن كثير ببلاد الإسلام وحملها خفيف وشأنها ببلد العدو يسير. قال: لا بأس بأخذ هذا وإن أخذه للبيع، ولو جاء به إلى صاحب المغانم لم

يقبله ولم يقسمه. وروى ابن حبيب عن ابن القاسم أن ما أكل من صيد أو حيتان فهو له، وما باعه كان ثمنه فيئاً، وكذلك ما حمله إلى أهله فباعه إلا اليسير.

وَالشَّأْنُ قَسْمُ الْغَنَائِمِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِهَا

هكذا قال في المدونة، والمراد بالشأن السنة الماضية، وقال أبو الحسن: الشأن يحتمل أن يريد به العمل، ويحتمل أن يريد به الوجه والصواب؛ وهذا ما لم يعرض مانع كخوف من العدو.

وفي القسم بدار الحرب فوائد؛ منها: تغييظ الكفار. ومنها: تعجيل الفرحة للمسلمين. ومنها: زيادة الحفظ؛ لأنه إذا عرف كل واحد ماله احتفظ عليه. ومنها الرفق بهم في تفرقتهم إلى بلادهم وترك رجوعهم إلى بلد واحد؛ ولهذا قال ابن حبيب: لا ينبغي للإمام أن يبيع شيئاً من متاع الغنيمة الذي لا ينقسم إلا بالنقد.

وفي قوله: (**وهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِهَا**) جواب عن سؤال مقدر؛ لأن بعض العلماء ممن اختار قسمها ببلد الإسلام زعم أن في قسمها ببلد الحرب تضييع الأموال؛ لأنها تباع هناك رخيصة، فقال الإمام: هم أحق برخصها؛ أي: لأن ذلك الرخص راجع إليهم لأنهم هم المشترون لها. وهل تقسم الأثمان أو العروض؟ قال سحنون: إن الإمام يبيع ويقسم الأثمان، فإن لم يجد من يشتري قسم العروض خمسة أجزاء بالقرعة.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قوله: (**وهُمْ أَحَقُّ بِرُخْصِهَا**) وقال ابن المواز: تقسم السلع أولاً على خمسة أجزاء فيعطى للفيء واحد بالقرعة، ويخير الإمام في بيع البقية وقسم أثمانها وفي قسمتها من غير بيع بحسب ما تقتضيه المصلحة. اللخمي، وابن يونس: واختلف في السلع، فقيل: تجمع في القسم ابتداءً، وقيل: إن حمل كل صنف القسم بانفراده لم يجمع وإلا جمع وهذا أحسن وأقل غرراً. وهل تلحق السرية بالجيش في القسم ببلد الحرب؟ أما إن خرجت من بلد الإسلام فحكمها كالجيش، وأما إن خرجت من الجيش فلا تقسم

حتى تعود إليه. **ابن المواز:** وهو قول أصحابنا إلا ابن الماجشون فإنه قال: إلا أن يخشى من تلك السرية مضرة تضييع، وطرح أثقال، وقلة طاعة والي السرية فتباع الغنيمة ويلزم كل واحد فقط حفظ متاعه وهو استحسان؛ لأنه لا يبيع على الغائب ولا يقسم عليه إلا من يلي أمره، ووالي السرية لا يلي على بقية الجيش.

وإِذَا ثَبَتَ أَنَّ فِي الْغَنِيمَةِ مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ قَبْلَ الْقَسْمِ، فَإِنْ عُلِمَ رَبُّهُ بِعَيْنِهِ حَاضِراً أَوْ غَائِباً رُدَّ مَجَّاناً، وإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِهِ قُسِمَ ولَمْ يُوقَفْ، بِخِلافِ اللُّقَطَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

(**ثَبَتَ**) أي: بطريقة الشرع. المازري: ويحلف أنه ما باع ولا وهب، ونص البرقي وأبو عبيد على عدم قسمه إذا عرف ذلك واحد من العسكر، قالا: وإن وجد أحمال متاع وعليها مكتوب: هذا لفلان بن فلان وعرف البلد الذي اشتري منه كالكتان بمصر وشبهه، لم يجز قسمه ووقف حتى يبعث إلى ذلك البلد ويكشف [٢٧٢/ ب] عمن اسمه عليه، فإن وجد من يعرفه وإلا قسم. اللخمي: وظاهر قول مالك، وابن القاسم قسم ما علم بلده، وقسم ابن بشير المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم ربه بعينه فلا يقسم.

والثاني: أن يعلم أنه لمسلم في الجملة.

والثالث: يعرف بلده وناحيته دون عينه، وذكر في كل واحد منها قولين، ومال الذمي كالمسلم لاشتراكهما معاً في العصمة، ثم إذا عرف ربه وكان حاضراً ولم يقسم دفع إليه مجاناً -أي: بغير عوض- وإن كان غائباً، فقال محمد: إن كان حمله خيراً لربه فعل ذلك وأخذ منه الكراء، وإن لم يكن حمله أوفق بيع وينفذ الإمام فيه البيع ولا يكون لربه غير الثمن.

قوله: (وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ بِعَيْنِهِ) أي: وإن عرف أنه لمسلم أو لذمي ولكن لم يعرف بعينه، فالمشهور أنه يقسم تغليباً لحق المجاهدين. وقال ابن المواز، وعبد الوهاب: يوقف. ابن عبد السلام: لكن مذهب ابن المواز يوقف ما رجي العلم بصاحبه، وظاهر كلام القاضي وقفة مطلقاً.

تنبيهات:

الأول، ابن عبد السلام: قول المصنف (ثبت) وشرط الثبوت مع العلم بعين المالك مخالف لعبارة أهل المذهب في هذه المسألة، وهي قولهم: فإن عرف ربه؛ لأن لفظ الثبوت إنما يستعملونه فيما هو سبب للاستحقاق كالشاهدين وما يقوم مقامهما، ولفظ المعرفة والاعتراف وشبههما يستعملونه فيما هو دون ذلك، أو فيما يشمل البينة، أو ما دونها. وفي كلام أبي عبيد والبرقي: المتقدم دليل على ذلك، ومنه استعمال لفظ المعرفة في اللقطة ومعرفة العفاص والوكاء.

والثاني: قوله: (عَلَى الْمَشْهُورِ) راجع إلى ما قاله ابن راشد، والفرق على المشهور بين اللقطة وما لم يعرف ربه ينبني على قاعدة، وهى: أن المشركين إذا غنموا شيئا من أموال المسلمين على سبيل القهر، هل يبقى له فيه شبهة الملك، وإذا أسلموا تقرر ملكهم عليه؟ وهو مذ.هبنا ومذهب أبي حنيفة؛ لأن القهر والغلبة وجه يملك به المسلم مال المشرك، فجاز أن يملك به المشرك، كالبيع والصلح؛ ولأنهم لو أتلفوا شيئا مما حصل في أيديهم ثم أسلموا لا يطالبون بذلك بالإجماع، ولولا الشبهة لغرموا، وخالفنا الشافعي فنفى الشبهة، ولعل نفي الغرامة عنه في الاستهلاك لاستئلافهم على الإسلام، وإذا تقررت هذه القاعدة ظهر لك الفرق؛ لأن الغانمين تنزلوا منزلة من له شبهة الملك، واللقطة لا حق فيها للملتقط.

وَبِيعَتْ خِدْمَةُ الْمُعْتَقِ إِلَى أَجَلٍ، وَالْمُدَبَّرِ، وَالْمُكَاتَبِ، بِخِلَافِ أُمِّ الْوَلَدِ إِنْ ثَبَتَ ذَلِكَ

يعني: إذا فرغنا على المشهور في بيع مال المسلم إذا لم يعلم مالكه بعينه، فكان من مال المسلم معتق إلى أجل، أو مدبر، أو مكاتب، أو أم ولد، فإنه تباع خدمة المدبر والمعتق إلى أجل؛ لأن خدمتهما ملك لسيدهما، ولا تباع خدمة المكاتب وأم الولد؛ أما المكاتب: فلأنه أحرز نفسه وماله فلم يبق لسيده فيه إلا الكتابة. وأما أم الولد: فإنما لسيدها فيها استمتاع، وهو مما لا يقبل المعاوضة؛ ولا إشكال في بيع خدمة المعتق إلى أجل لانضباطها، وكذلك بيع كتابة المكاتب، ثم إن أدى الكتابة أعتق وكان ولاؤه للمسلمين، وإن عجز رق لمشتريها. وأما المدبر: فقال سحنون كالمصنف: إنه لا يدخل من المدبر في المغانم إلا خدمته.

ابن أبي زيد: يريد يؤاجر بمقدار قيمة رقبته، فتجعل تلك القيمة في المقاسم ويتصدق بذلك إن تفرق الجيش. قال ابن عبد السلام: ظاهر كلام المصنف أنه يباع جميع خدمة المدبر وليس بصحيح؛ لأنها محدودة بحياة السيد وهي غير معلومة الغاية، وإنما ينبغي أن يؤاجر زمناً محدوداً بما يظن حياة السيد إليه، ولا يزاد على الغاية التي تذكر في كتاب الإجارة، ثم إن عاش المدبر وسيده بعد تلك المدة تكون الخدمة الزائدة كاللقطة لافتراق الجيش وعدم العلم بأعيان من يستحقها.

وَلَوْ جَهِلَ الْوَالِي أَوْ تَأَوَّلَ فَقَسَمَ مَا وَجَبَ لِمَالِكِهِ، فَثَالِثُهَا: يَمْضِي التَّأْوِيلُ

يعني: فلو قسم الوالي مال المسلم المعين، وهو معنى قوله: (**مَا وَجَبَ لِمَالِكِهِ**) إما جاهلاً بالحكم، أو متأولاً في الأخذ بقول بعض العلماء، فقال سحنون: يمضي؛ لأنه حكم وافق اختلافاً بين الناس، لأن الأوزاعي قال: لا يأخذه ربه إلا بالثمن لو عرف بعينه، وعدم الإمضاء لابن القاسم، وابن حبيب ويأخذه ربه بغير ثمن.

والثالث: لم أره، وذكر ابن عبد السلام: أنه مختار الأشياخ، ولم يسقه ابن بشير على أنه خلاف، بل قال بعد القولين: وهذا في التأويل ظاهر؛ لأنه حكم بها اختلف الناس فيه، ونقضه هو المشكل إلا أن يتأول على أنه لم يتأول موافقة الخلاف، وإنما تأول القسم من غير أن يعرف كون ذلك مذهباً لأحد. وأما إذا جهل فقد اعترض الأشياخ القول بمضيه؛ لأن الجاهل لا يعذر بموافقته للمذهب.

فَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَ الْقَسْمِ فَلِمَالِكِهِ إِنْ شَاءَ أَخْذُهُ بِثَمَنِهِ إِنْ عُلِمَ، وَإِلا فَبِقِيمَتِهِ

هذا قسيم قوله: (**قبل القسم**) يعني: وإن ثبت أنه مال مسلم معين بعد القسم، فلمالكه أخذه إن شاء بثمنه؛ أي: بالقدر الذي قوم به في الغنيمة. قال صاحب الاستذكار، وغيره: وسواء دخله زيادة أو نقص، كما لو عمي أو تعيب بغير ذلك؛ لأنه [٢٧٣/ أ] إنما يستحقه بسبب قديم كالشفعة. قال في المدونة: وإن أراد به أخذه لم يكن لمن هو في يده أن يأبى ذلك. قال في البيان: ولا خلاف في المذهب أن لرب السلعة أن يأخذها إن شاء، وإن لم يعلم ذلك القدر أو يشتره أخذه بالقيمة.

ابن راشد: وتكون القيمة يوم القسم. **خليل**: وهو مقتضى كلامهم. وقال ابن عبد السلام: يريد - والله أعلم - بقيمته يوم أخذه، ويحتمل بقيمته يوم القسم.

وَلَوْ بِيعَ مِرَاراً فَفِي تَعَيينِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ أَوْ يُتَخَيَّرُ كَالشَّفِيعِ قَوْلانِ

القولان لسحنون، قال أولاً: إذا تداولته الأملاك أخذه بأي ثمن شاء، ثم رجع فقال: يأخذه بما وقع في المقاسم بخلاف الشفعة، إذ لو سلم الشفعة في بيع ثم بيع الشقص كان للشفيع فيه الشفعة، وهذا إذا أسلمه لم يكن له أخذه إن بيع بعد ذلك، وهو قول ابن القاسم، رواه عنه سحنون في العتبية واحتج بهذا، وصرح ابن راشد بمشهورية تعيين الثمن الأول. وخرج اللخمي وصاحب البيان في هذه المسألة قولاً ثالثاً مما وقع في الذي يشتري عبداً من بلد الحرب ثم يقدم فيبيعه، أنه لا يكون لصاحبه إلا ما بين الثمنين وفيه نظر.

وإِذَا قُسِمَتْ أُمُّ الْوَلَدِ جَهْلاً؛ فَفِيهَا: يَفْدِيهَا رَبُّهَا بِالثَّمَنِ جَبْراً. وقِيلَ: بِالأَقَلِّ. وقِيلَ: بِقِيمَتِهَا. وقِيلَ: أَوْ الإِمَام. وفِي الْمُوَطَّإِ: يَفْدِيهَا رَبُّهَا إِنِ امْتَنَعَ الإِمَامُ، ويَتبعُ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيراً ....

قوله: (**جَهْلاً**) أي: بأنها أم ولد، وظن أنها قِنٌّ لا أنه قسمها وهو يعلم أنها أم ولد وجهل الحكم، فإن هذه يأخذها ربها بغير ثمن اتفاقاً. وأما الوجه الأول، فمذهب المدونة: أنه يفديها ربها بالثمن جبراً؛ أي: بما وقعت عليه في المقاسم وإن كان ذلك أضعاف قيمتها ولا خيار له، وهو معنى قوله: (**جَبْراً**) وأحسن منه إجباراً؛ لأن أكثر استعمال العرب الفعل في هذا الباب رباعي، وقال المغيرة، وأشهب: يفديها بالأقل من القيمة والثمن وهو أظهر؛ لأنه قد يزيد في الثمن لغرضه فلا يلزم ذلك ربها، وفي إلزامه القيمة إذا كانت أكثر من الثمن ضرر بالسيد.

وقوله: (**وقِيلَ: بِقِيمَتِهَا**) ظاهره: ولو زادت على الثمن ولم أره. وقوله: (**أَوْ الإِمَام**) هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها إسقاطه ولا كلام على الإسقاط. وأما على إثباتها فالأولى لو قال: وقيل: الإمام؛ لأن ابن بشير وغيره ذكر قولاً بأنه يفديها الإمام. وفي الموطأ: يفديها الإمام، فإن لم يفعل فعلى سيدها أن يفديها، وهذا معنى قوله: (**وفِي الْمُوَطَّإِ: يَفْدِيهَا رَبُّهَا إِنِ امْتَنَعَ الإِمَامُ**) ولم يصرح في الموطأ بماذا تفدى، وكأنه رأى في الموطأ أن سيدها لما كان مجبراً على افتكاكها والإمام أدخله فيها كان على الإمام أن يغرم ذلك. قوله: (**ويَتبعُ ذِمَّتَهُ إِنْ كَانَ فَقِيراً**) يعني: حيث خاطبنا السيد بالفداء، فإن كان موسراً أخذ منه، وإن كان معسراً أتبع به.

فَلَوْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا قَبْلَ أَنْ يُعْلَمَ بِهَا لَمْ يُرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ

لأن الفداء ليس بدين ثابت في ذمة السيد، وإنما هو لتخليص رقبتها، فإذا ماتت فقد تخلصت رقبتها، وكذلك إن مات سيدها لأنها تصير حرة، فلذلك لم يكن على السيد في

موتها ولا في تركته شيء إن مات، وهذا الفرع لسحنون. ونقله صاحب النوادر، واللخمي، وابن يونس، كما نقله المصنف؛ أعني: في جعل الغاية العلم بها، فقول ابن عبد السلام: ولم يجعل سحنون الغاية كالمصنف بل جعلها الحكم ليس بظاهر، نعم نقل الباجي عن سحنون مثل ما ذكره.

فَإِنْ قُسِمَ الْمُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ خُيِّرَ السَّيِّدُ، فَإِنْ فَدَاهُ رَجَعَ إِلَى حَالِهِ، وإِنْ أَسْلَمَهُ كَانَ إِسْلاماً لِخِدْمَتِهِ فَقَطْ إِلَى أَجَلِهِ فَقَطْ. وقِيلَ: إِلا أَنْ يَسْتَوْفِيَ ثَمَنَهُ قَبْلَهُ فَيَرْجِعَ إِلَى السَّيِّدِ فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فَفِي اتِّبَاعِ الْعَبْدِ بِهِ قَوْلانِ ....

لا خفاء أنه لو علم أنه معتق إلى أجل وعرف سيده أنه يوقف له، وإن لم يعرف بيعت خدمته ودخلت في المقاسم على المشهور كما تقدم. وأما إن لم يعلم أنه معتق إلى أجل وقسم ثم عرف صاحبه بعد ذلك، فإنه يخيَّر سيده بين أن يفديه بما وقع به في المقاسم أو يسلمه؛ فإن فداه رجع إلى حاله، وإن أسلمه قال المصنف: (**كَانَ إِسْلاماً لِخِدْمَتِهِ فَقَطْ... وقِيلَ: إِلا أَنْ يَسْتَوْفِيَ**) حاصله: أنه هل يسلم الخدمة تمليكاً أو على التقاضي، والقول بالتمليك نقله في النوادر عن ابن القاسم، ولفظه: والمعتق إلى أجل حين أسلمه صارت خدمته وإن كثرت للمبتاع حتى يحل الأجل ويعتق، فإن بقي له شيء أتبع به، قال: وروى أبو زيد عن ابن القاسم في المعتق إلى أجل يتم الأجل ولم يستوفِ المشتري من الخدمة ما بقي له، أنه لا يتبعه بشيء وهذا هو الصواب، ورجوع منه عن قوله الأول. انتهى.

والقول بأنه إنما يأخذ القيمة على التقاضي، وأنه يرجع إلى السيد إن بقي من الأجل شيء، نقله ابن يونس عن سحنون، وإن تم الأجل ولم يوفِ عتق ولم يتبع بشيء. وقد ذكر اللخمي أيضاً الخلاف في الخدمة هل تعطى تمليكا، أو على التقاضي؟ وهل يتبع إذا أعتق بما بقي أم لا؟ كما ذكر المصنف. وقول ابن عبد السلام: الموجود هنا هو قول سحنون ليس بظاهر.

وكَذَلِكَ الْمُدَبَّرُ، فَإِنْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ قَبْلَ الاسْتِيفَاء خَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ حُرّاً، وفِي اتِّبَاعِهِ بِبَاقِي الثَّمَنِ قَوْلانِ، ويُقَوَّمُ عَبْداً مِنْ مَالِهِ، ولِذَلِكَ لَوْ لَمْ يَتْرُكْ غَيْرَهُ عُتِقَ ثُلُثُهُ ورَقَّ [٢٧٣/أ] بَاقِيهِ ولا قَوْلَ لِلْوَرَثَةِ بِخِلافِ الْجِنَايَةِ، وقِيلَ: يُخَيَّرُونَ كَالْجِنَايَةِ ....

يعني: إذا قسم المدبر ولم يعلم أنه مدبر، فإن فداه سيده رجع إلى حاله، وإن أسلمه فكما تقدم في المعتق، فإن مات سيد المدبر فإما أن يخرج من ثلثه أو لا، فإن خرج حكم بحريته. وهل يتبع بما بقي عليه مما وقع به في المقاسم؟ ذكر في المدونة في باب المدبر قولين: مذهب ابن القاسم اتباعه، وقال غيره: لا يتبع. وعن ابن الماجشون ثالث بالفرق بين المدبر يقع في المقاسم فلا يتبع، وبين المشترى من دار الحرب فيتبع، واستصوبه محمد.

خليل: وينبغي أن يقيد قول من قال بعدم الاتباع هنا، وفي المعتق إلى أجل بما إذا لم يكتماه، وأما إن كتماه فيرجع عليهما لغرورهما، وإن لم يخرج عتق منه محمل الثلث، وهل يتبع الجزء العتيق بما ينوبه؟ القولان، وأما الجزء الذي لم يعتق، فقال ابن القاسم: يسلم رقاً لمن هو في يده، ولا يُخيَّر الورثة في إسلامه وفدائه بما ينوبه، كما يُخيَّرون في ذلك في الجناية إذا جنى المدبر وأسلمه سيده للمجني عليه ثم يعتق بعضه، وقيل: يُخيَّرون كالجناية، والفرق بينهما على المشهور أن المشتري في المغانم إنما اشترى الرقبة، فالسيد لما أسلمه فقد أسلم ما اشترى -وهو الرقبة- وقد آل الأمر إليها فلا رجوع، بخلاف الجناية فإن المجني عليه لم يدخل إلا على الخدمة، فإذا آل الأمر إلى الرقبة فهي شيء آخر، وفيه نظر؛ لأنه مبني على أن السيد في الغنيمة أسلم الرقبة وليس كذلك، وإنما أسلم الخدمة، إلا أن يلاحظ كونه دخل ابتداء على ملك الرقبة.

وَإِنْ قُسِمَ الْمُكَاتَبُ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ أَدَّى مَا اشْتُرِيَ بِهِ عَادَ مُكَاتَباً لِسَيِّدِهِ، وَإِنْ عَجَزَ فَكَعَبْدٍ أَسْلَمَ أَوْ فُدِيَ كَالْجِنَايَةِ. وَعَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ: إِنْ أَسْلَمَهُ السَّيِّدُ فَعَلَى كِتَابَتِهِ ....

يريد: ولم يعلم أنه مكاتب، فقال ابن القاسم: يقال له: أدِّ ما اشتراك به هذا، كما يقال له: أدِّ الجناية، فإن أداه رجع مكاتباً، وإن عجز كان ذلك عجزاً عن الكتابة كما في الجناية أيضاً. ويخير سيده بين أن يسلمه عبداً أو يفديه. ورجع سحنون إلى هذا القول بعد أن قال: يخير السيد أولاً بين أن يفديه أو يسلمه، فإن فداه بقي له مكاتباً، وإن أسلمه قيل للمكاتب: أدِّ ما صرت به لمن أنت في يده وتمضي على كتابتك، فإن عجز عن ذلك، فهو كمكاتب عليه دين فلس به فإنه يعجز.

قوله: (**وَعَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ**) يعني: أن المكاتب الذي قد قسم يخيَّر سيده في فدائه وإسلامه، فإن فداه بقي على كتابته، وإن أسلمه لم يلزم المكاتب غير كتابته فقط، يؤديها على نجومها، ويخرج حراً ولا يتبع بشيء، فإن عجز رق لمشتريه، ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعة، وترك المصنف من قول عبد الملك: ولا يتبع بشيء إذا خرج حراً، وإن عجز رق لمشتريه ولم يكن لسيده فيه خيار ولا رجعه، وهذا مخالف لما حكيناه عن سحنون؛ لأنه على قول عبد الملك: إذا أسلمه لا يلزمه غير الكتابة، وعلى قول سحنون يقال له: أدِّ ما صِرتَ به. قال عبد الملك: وأما إن اشتري المكاتب من العدو ولم يفده سيده، فإنه يقال للمكاتب: أدِّ لمشتريك الثمن الذي اشتراك به وتبقى على كتابتك تؤديها إلى سيدك وتخرج حراً، وإن لم تفعل رققت الساعة لمشتريك، وهذه الأقاويل حيث لم يؤدِّ المكاتب لمن وقع له شيئاً، وأما إن أتى سيده وقد أدى بعضها وأراد افتكاكه، فاختلف الشيوخ؛ فمنهم من قال: يكون كبيع قد فات، فإن كان قد قبض نصف الكتابة أو ثلثها -يريد بالقيمة لا بالعدد- مضى لمن هو في يده ما قبض، وأخذ سيد المكاتب ما بقي بنصف الثمن أو ثلثه.

ومنهم من قال: هو كبيع لم يفت، فإذا شاء سيده افتكاكه دفع لمن هو في يده جميع ثمنه وأخذ ما كان قبض من المكاتب.

وَمَنْ صَارَتْ إِلَيْهِ جَارِيَةٌ أَوْ غَيْرُهَا، وعَلِمَ أَنَّهَا لِمُسْلِمٍ مُعَيَّنٍ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يُخَيَّرَ صَاحِبُهَا ....

قوله: (**أَوْ غَيْرُهَا**) يريد من سائر السلع، وكذلك قال في المدونة. قوله: (**لِمُسْلِمٍ**) يريد أو ذمي كما تقدم، وإنما لم تحل؛ لأنها مملوكة للغير وانتقالها عن ملكه موهِم، لاسيما في الفرج، وعلى القول بأن العلم بربها لا يمنع من قسمتها إذا كان غائباً يجوز له التصرف هنا.

وإِذَا تُصُرِّفَ فِي الرَّقِيقِ بِالْعِتْقِ الْمُنْجَزِ أَوِ الاسْتِيلادِ مَضَى عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِنْ أُعْتِقَ إِلَى أَجَلٍ فَأَجْرَاهُ اللَّخْمِيُّ عَلَيْهِ ....

يعني: أن من وقع في سهمه عبد أو أمة أو اشتراهما من حربي، فأعتق العبد عتقاً ناجزاً، أو استولد الأمة، فالمشهور أنه فوت ولا شيء للسيد، قاله في المدونة.

وفي الموازية عن أشهب: أن له نقض عتق العبد ويأخذه بالثمن. وذكر سحنون عن أشهب في الاستيلاد: أن له أن يأخذ الأمة وقيمة ولدها، وبه قال ابن القاسم أولاً كالاستحقاق، ورأى في المشهور أن هذا أضعف؛ لأن المستحق يأخذه بغير عوض بخلاف هذا. وقوله: (**تُصُرِّفَ**) يضبط مبنياً لما لم يسمَّ فاعله؛ ليعم تصرفه وتصرف من باع له أو وهب له وغير ذلك. واختلف الشيوخ على المشهور لو اشترى العبد من المقاسم على أن يرده على صاحبه فأعتقه، فقال القابسي، وأبو بكر بن عبد الرحمن: يمضي عتقه كالأول، وقال ابن الكاتب: [٢٧٤/أ] لا يمضي؛ لأنه دخل على الرد على صاحبه. **اللخمي**: ويختلف إذا أعتق إلى أجل، فيمضي على قول ابن القاسم، ويرد على قول أشهب. وهذا معنى قوله: (**فَأَجْرَاهُ اللَّخْمِيُّ عَلَيْهِ**).

ابن بشير: ويبعد أن يجرى عليه لعدم إنجاز العتق، فيقوى هنا على الرد.

وَلَو قُسِمَ الْمُسْلِمُ أَوِ الذِّمِّيُ جَهْلاً لِكِسْوَتِهِمَا، فَثَالِثُهَا: إِنْ عُذِرَا فِي السُّكُوتِ بِأَمْرٍ لَمْ يُتَّبَعَا....

لا خلاف في حريتهما، وإنما اختلف في اتباعهما، والقول بالاتباع لأشهب، وبعدمه لمالك وابن القاسم وسحنون. اللخمي: لم يفرق في هذين القولين هل كان جاهلاً أو عالماً؟ وقال ابن القاسم: إن كان صغيراً أو كبيراً قليل الفطنة، كثير الغفلة، أو أعجمياً يظن أن ذلك رقٌّ له لم يتبع، وإن نودي عليه وهو ساكت بلا عذر أتبع إذا لم يجد المشتري على من يرجع. وقال غيره: لا يتبع ولو غر. واختلف الشيوخ في إبقاء هذه الأقاويل على ظاهرها في المسألة أو تأول، فذهب المؤلف وبعضهم إلى بقائها على ظاهرها كما ترى. وقال اللخمي: لا يختلف إذا كان المبيع صغيراً؛ لأنه لا رجوع عليه. وقال ابن رشد: لا خلاف أنه إذا عذر بجهل لا شيء عليه، وإنما اختلف إذا لم يعذر بجهل، وطريقة ابن رشد مخالفة للَّخمي؛ لأن ابن رشد أخرج من يعذر بجهل مطلقاً من الخلاف، واللخمي إنما أخرج الصغير، وكلاهما خلاف طريقة المصنف وابن بشير؛ لكونهما أطلقا الخلاف. وأشار في البيان إلى أن هذا الخلاف جارٍ على الغرور بالقول.

ابن عبد السلام: وبالجاري عندي على مشهور المذهب أنه غرور بالفعل، وأنه موجب للغرم؛ لأن سكوته مع علمه وإسلامه نفسه لمشتريه فعل، ومسائل الغرور في النكاح تشهد لذلك. **اللخمي**: وكل هذا إذا افترق الجيش وكانوا لا يعرفون لكثرتهم، فإن لم يفترق الجيش أو عرفوا بعد الافتراق رجع عليهم المشتري أو من صار في سهمه. ابن القاسم: ينبغي للإمام أن يغرم لمن وقع في سهمه من بيت المال. وقال ابن مسلمة: على الإمام أن يؤدي ذلك من الفيء أو الخمس. وقال سحنون: لا شيء عليه ولا يعطى من الخمس أو بيت المال، وهى مصيبة نزلت به.

وَمَنْ عَاوَضَ فِي دَارِ الْحَرْبِ عَلَى مَالٍ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ فَلِمَالِكِهِ أَخْذُهُ بِثَمَنِهِ اتِّفَاقاً

تقدم أن للمشركين فيما أخذوه شبهة الملك، فإذا دخل رجل دار الحرب فاشترى منهم مال مسلم لم يكن كالمشترى من الغاصب، بل إنما يأخذه ربه بالثمن؛ فإن كان عيناً دفع مثله حيث لقيه أو حاكمه، إن كان مثلياً أو عرضاً دفع إليه مثل ذلك في بلد الحرب، وإن كان الوصول إليها ممكناً، كمن أسلف ذلك فلا يلزمه إلا مثله بموضع السلف، إلا أن يتراضيا على ما يجوز. ابن يونس عن بعض شيوخه: وإن لم يمكن الوصول إليها فعليه هنا قيمة ذلك المكيل ببلد الحرب. والاتفاق الذي حكاه المصنف حكاه ابن بشير.

وَفِي أَخْذِ مَا فُدِيَ مِنَ اللُّصُوصِ مَجَّاناً قَوْلانِ

يعني: أنه اختلف إذا فدي شيء من أيدي اللصوص هل لا يأخذه ربه إلا بالثمن كالمشتري من يد العدو؟ أو يأخذه هنا بغير شيء؛ لأن اللص ليس له شبهة الملك بخلاف الحربي؟ والقولان ذكرهما ابن بشير ولم أرهما معزوين.

ابن راشد: والثاني أقيس. وقال ابن عبد السلام: الذي مال إليه من أرضى من شيوخي الأول لكثرة النهب في بلدنا، فيعمد من له وجاهة عند الأعراب، فيفتك منهم ما ينهبونه بأقل من ثمنه، فلو أخذه مالكه بغير شيء انسد هذا الباب مع الحاجة إليه، وكثيراً ما يسأل من هو منتصب لهذا هل تجوز له الأجرة؟ ولا شك في المنع إن دفع الفداء من عنده؛ لأنه سلف وإجارة، وإن كان الدافع غيره ففي ذلك مجال للنظر.

وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ شَيْءٍ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

يعني: فإن أخذه من دار الحرب بغير شيء، وفي معناه ما أخذه من اللصوص، كما لو وهبه له الحربي، ولم يكافئه على ذلك، وأما إن كافأه فلا يأخذه إلا بذلك.

فَإِنْ بَاعَهُ الْمُعَاوِضُ مَضَى ولِمَالِكِهِ الزَّائِدُ إِنْ كَانَ. وخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ تَمْكِينَهُ عَلَى الْغَنِيمَةِ، وخَرَّجَهُ غَيْرَهُ عَلَى الْمَوْهُوبِ يُبَاعُ، وفِيهِ قَوْلانِ: الْمَشْهُورُ: كَالْمُعَاوِضِ، وقِيلَ: يَأْخُذُهُ بِالثَّمَنِ، ويَرْجِعُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لا غَيْرُ ....

يدخل في قوله (**المعاوض**) المشتري والمكافئُ على الهبة. وقوله: (**مَضَى**) أي: البيع. (**ولِمَالِكِهِ الزَّائِدُ إِنْ كَانَ**) كما لو اشتراه بمائة وباعه بمائتين، فلمالكه المائة الزائدة.

اللخمي: ويجري فيها قول بأنه لا يكون البيع فوتاً قياساً على ما بيع في المغانم أن للمستحق أن يرد البيع؛ لأن للمالك في كل من الصورتين أخذ عين شيئه إذا وجده قبل البيع. وفرق ابن بشير بقوة ملك المالك في مسألة الغنيمة وضعفه في مسألة الشراء، ألا ترى أنه يأخذه في مسألة الغنيمة قبل القسمة بغير عوض، ولا يأخذه في الشراء إلا بعوض. ولهذا خرجه أبو عمران على الذي يهب له الحربي مال مسلم فيبيعه الموهوب له، فقال ابن القاسم: ليس لمالكه إلا الثمن الذي بيع به خاصة، وإليه أشار بقوله: (**الْمَشْهُورُ: كَالْمُعَاوِضِ**). وقال ابن نافع: له نقض البيع، ولا يأخذه من يد مشتريه إلا بعد دفع الثمن، ثم يرجع المالك على البائع؛ أي: الموهوب له فيأخذ منه جميع الثمن.

وقوله: (**لا غَيْرُ**) أي: ليس على الموهوب له غلة. وعلى هذا [٢٧٤/ ب] فيكون قوله: فله جميع الثمن مفرعاً على عدم الإمضاء. وجعل ابن راشد قوله: فله جميع الثمن لا غير مفرعاً على عدم القول بالإمضاء؛ أي: فإذا قلنا بإمضاء البيع فالموهوب الذي لم يكافأ عليه يرجع عليه المالك بجميع الثمن لا غير. خليل: وقد يفرق بين الهبة والبيع بأن المعاوض بذل مالاً فقوي ملكه بخلاف الموهوب.

والْمُدَبَّرُ ونَحْوُهُ إِنْ أُسْلِمَ لِلْمُعَاوِضِ اسْتُوفِيَتْ خِدْمَتُهُ ثُمَّ أُتْبِعَ إِنْ عَتَقَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وقِيلَ: بِمَا بَقِيَ ....

قوله: (**ونَحْوُهُ**) أي: المعتق إلى أجل، وقد تقدم في المدبر يقع في المقاسم، والمفدي من العدو ثلاثة أقوال، ولم يقدم المصنف في الواقع في المقاسم قولاً بإتباعه بجميع الفداء،

وظاهر كلام المصنف أن إتباعه بالجميع هنا هو المشهور، ولم أرَ من شهره. وعن ابن الماجشون الفرق بين المدبر يقع في المقاسم، فلا يتبع إن خرج حراً، ولا الجزء العتيق إن خرج بعضه كالحر لا يتبع في الفيء، وبين من اشتري من بلد الحرب فيتبعه مشتريه بما بقي له بعد أن يحاسبه بقيمة خدمته وما استغل. قال: لأن الحر في هذا يتبع.

محمد بن المواز: وهو صواب، ولا يأخذ أكثر مما أعطى فيدخله الربا. وقريب مما قاله ابن الماجشون ما ذكره ابن سحنون إلا أنه قال: لا يحاسبه بشيء مما استخدمه، ويتبعه بجميع الثمن. وقال: ولم يأخذ به سحنون. وفي المدبر الواقع في المقاسم قول بأنه لا يتبع بشيء، فانظر هل يجري هنا؟

فَإِنْ قَدِمَ بِأَمْوَالِ مُسْتَأْمَنُونَ فَفِي كَرَاهَةِ شِرَائِهَا لِغَيْرِ مَالِكِهَا واسْتِحْبَابِهِ قَوْلانِ

يعني: إذا قدم الحربيون بأمان ومعهم أموال المسلمين، فكره في المدونة لغير أربابها شراءها واستحبه في الموازية، وهو إنما يتوجه على أن ربها يأخذها بالثمن فيكون شراؤها سبباً لخلاصها ولا سيما إذا انضم إلى ذلك رخص في السلع. واختلف في تعليل الكراهة، فقيل: لأن في ذلك تقوية بثمنها، وقُدِح فيه بأنه يقتضي الكراهة في شراء سلعهم، وقيل: لما في ذلك من إغراء الحربيين على أموال المسلمين، وعلى هذا فالكراهة أيضاً في حق أربابها، وقيل: لأن شراءها يفوتها على ربها، فإن ابن القاسم نص في المدونة على أنه إذا اشترى من المستأمن أحد أنه لا يكون لربه أخذه ولو بالثمن، بخلاف ما يشترى من الحربي ببلد الحرب. قال في المدونة: لأن الحربي لو وهب عبيداً لمسلم في بلد الحرب، فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن. والذي قدم إلينا بأمان لو وهبهم لأحد لم يأخذهم سيدهم. وإلى هذا الفرع أشار المصنف بقوله:

وَإِنِ اشْتُرِيَتْ أَوْ وُهِبَتْ فَالْمَشْهُورُ: كَالْمِلْكِ الْمُحَقَّقِ لا كَالأَوَّلِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الأَمَانَ يُحَقِّقُ الْمِلْكَ أَوْ لا ....

قد علمت أن المشهور هو ما في المدونة، ومقابل المشهور أنه كالأول؛ أي: كالمشترى من بلد الحرب فيأخذه ربه في الشراء بالثمن. وفي الهبة بغير شيء، وهو الذي يأتي على مذهب الموازية في الفرع السابق، وهو مذهب القاضي إسماعيل؛ لأنه قال: لم يحكِ ابن القاسم هذه المسألة عن مالك، والذي يشبه على مذهب مالك أن لصاحبه أن يأخذه في الشراء بالثمن، وفي الهبة بلا ثمن واستحسنه اللخمي. والفرق لابن القاسم هو ما أشار إليه المصنف من أن الأمان يحقق الملك.

وَأَمَّا لَوْ أَسْلَمُوا تَحَقَّقَ الْمِلْكُ اتِّفَاقاً

يعني: وأما لو أسلم المستأمنون تحقق ملكهم لما بأيديهم من أموال المسلمين بالاتفاق تأليفاً لهم على الإسلام.

وَالْمَنْصُوصُ فِي أَحْرَارِ الْمُسْلِمِينَ نَزْعُهُمْ لَوْ أَسْلَمُوا عَلَيْهِمْ خِلافاً لابْنِ شَعْبَانَ

لأن الحر لا يسترق، فإذا أسلم المستأمن وبيده أسارى من أحرار المسلمين انتزعوا، وخالف في ذلك ابن شعبان وأحمد بن خالد؛ وهو قول مشكل، ولا وجه له. وعلى الأول فظاهر كلام المصنف، وهو ظاهر الروايات أنه يأخذه بغير عوض، وقال أبو إبراهيم من الأندلسيين أنه بعوض.

بِخِلافِ الرَّقِيقِ، وَبِخِلافِ الذِّمِّيِّ

أما الرقيق فلأنهم أموال من أموال المسلمين كالسلع، وما ذكره المصنف في الذمي هو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: هو بذمته كالمسلم فلا يسترق.

ابن راشد: والأول أصح؛ لأن بالذمة حقاً له علينا، ولم تعقد له الذمة على من كان بأرض الحرب.

وأُمُّ الْوَلَدِ تُفْدَى، والْمُدَبَّرُ ونَحْوُهُ كَالْمِلْكِ الْمُحَقَّقِ، ثُمَّ يُعْتَقُونَ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ لأَنَّهُمْ لا يُتَّبَعُونَ بِشَيْءٍ ولا قَوْلَ لِلْوَرَثَةِ ...

يعني: أن سيد أم الولد يفديها من المستأمن بقيمتها لقوة شبهها بالحرة، ونحو المدبر المعتق إلى أجل، يبين لك ذلك قوله بعد هذا: (**ثُمَّ يُعْتَقُونَ مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ**) يعني: وأما إن كان بيد المستأمن الذي قد أسلم مدبرٌ أو معتقٌ إلى أجل فإنه يكون فيهم كالمالك المحقق، وليس لسيدهما خيار، فإذا مات سيد المدبر، والثلث يحمله كان حراً، ولو كان على السيد دين يستغرقه كان رقيقاً للمستأمن، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه، وكذلك إذا انقضى الأجل عتق. والضمير في (**يُعْتَقُونَ**) عائد على المدبر ونحوه؛ لأن المراد بكل واحد الجنس.

وقوله: (**مِنَ الثُّلُثِ، أَوْ بَعْدَ الأَجَلِ**) الأول راجع إلى الأول، والثاني إلى الثاني؛ أي يعتق المدبر من الثلث، [٢٧٥/ أ] والمعتق إلى أجل بعد الأجل، ولا يتبعون بعد العتق بشيء؛ لأنه ملك الخدمة فقط. وفي كلام المصنف حذف مبتدأ تقديره: وهو في المدبر ونحوه كالملك المحقق.

فَلَوْ قَدِمُوا بِمُسْلِمِينَ أَحْرَاراً أَوْ أَرِقَّاءَ فَثَالِثُهَا: يُجْبَرُونَ عَلَى بَيْعِ الإِنَاثِ

القول بإجبارهم على البيع مذهب أصحاب مالك إلا ابن القاسم.

ابن الماجشون: ويعطون في كل مسلم أوفر قيمة.

ومقابله لابن القاسم في الموازية قال: لا يمنعون من الرجوع بهم، ولا من وطء الإماء.

والثالث: حكاه سحنون عن ابن القاسم، وأجروا هذا الخلاف إذا أسلم عبيدهم، أو عوهدوا على أن من جاء مسلماً رُدَّ إليهم.

ابن يونس: وأنكر رجل من أهل المدينة يقال له داود القولَ بعدم الجبر، فبلغ ذلك مالكاً، فاحتج بما رواه البخاري ومسلم «أنه صلى الله عليه وسلم قاضى أهل مكة عام الحديبية على أن من أتى من أهل مكة مسلماً رده إليهم، فهرب أبو جندل بن سهيل وهو مسلم حتى أتى رسولَ الله صلى الله عليه وسلم، فطلبه أبوه في مكة فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: إنا لا نخفر بالعهد».

مالك: فكذلك حجة الحربي أن يقول عهدي لا ينتقض. واستصوب جماعة القول الأول؛ لأنا وإن أعطيناهم الأمان فما أعطيناهم ذلك إلا مع إقامة شرعنا، ومن إقامته تخليص المسلمين، ولا كبير مضرة عليهم إذا أخذوا قيمتهم، ويجاب عن الحديث بأن ذلك كان في أول الإسلام، وقبل أن يكثر المسلمون.

اللخمي: ولا يجوز ذلك اليوم بعد ظهور الإسلام؛ لأن فيه وهناً للمسلمين وإذلالاً لهم.

وَلَوْ سَرِقُوا فِي مُعَاهَدَتِهِمْ ثُمَّ عَادُوا بِهِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ عَادَ بِذَلِكَ غَيْرُهُمْ لَمْ يُنْتَزَعْ

تصوره ظاهر. قال في البيان: والأصح أنه ينزع. ونص في المدونة على أنه يقطع إن سرق، ويقتل إن قتل. وإلى ذلك ذهب ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب وابن المواز أنه يؤخذ المستأمن بما أحدث، فإن استكره المسلمة قتل، وإن سرق قطع، وإن قذف حراً حد، وإن زنى بمسلمة طوعاً عوقب.

ابن حبيب: عقوبة يشرف بها على الموت. وعن أشهب: أنه لا يحد ولا يقطع. قيل: ويقام عليه حد الحرابة اتفاقاً ويعاقب.

مالك وغيره: وإن أخصى عبده لا يعتق عليه، وكأنه أخصاه ببلده.

ابن المواز: وإن لم يقم على الحربي حتى هرب إلى بلد الحرب، ثم عاد بأمان ثانٍ فيؤخذ بما تقدم ولا يزيله أمانه الثاني.

السَّبْيُ يَهْدِمُ النِّكَاحَ إِلا إِذَا سُبِيَتْ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وهُوَ حَرْبِيٌّ أَوْ مُسْتَأْمَنٌ فَأَسْلَمَتْ، فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا لأَنَّهَا أَمَةٌ كِتَابِيَّةٌ، وهِيَ ووَلَدُهَا ومَالُهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَيْءٌ، وقِيلَ: وَلَدُهُ الصِّغَارُ تَبَعٌ وكَذَلِكَ مَالُهُ إِلا أَنْ يُقْسَمَ فَيَسْتَحِقَّهُ بِالثَّمَنِ ....

أما ما يتعلق بهدم النكاح فسيأتي في النكاح إن شاء الله تعالى، فإن المصنف كرر هذا الفصل بعينه هناك، وأما هي فلا خلاف أنها فيء، قاله ابن بشير، وأما ولده وماله فالمشهور أنهما فيء، وهو مذهب المدونة.

سحنون: وقال بعض الرواة: إن كان ولده صغاراً فهم تبع لأبيهم، وكذلك ماله إن أدركه قبل القسم أخذه، وإن قسم فهو أحق به بالثمن، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف، وذكر ابن حارث قولاً ثالثاً في المال إن ضموه إلى أموالهم لأجل إسلامه كان فيئاً، وإن تركوه فهو له، وإن قسم أخذه بالثمن. وحكى ابن بشير في الأولاد قولاً بأنهم تبع صغاراً كانوا أو كباراً، واختلف شراح المدونة في فهمها لقوله فيها: وإذا أسلم ثم غزا المسلمون بلاده، فغنم المسلمون ماله وولده قال: هم فيء.

قال التونسي: معناها أنه خرج، وأما إن لم يخرج فينبغي أن يتبعه ولده وماله؛ لأن غيره لم يحزه، وقد بقيت يده على ماله وولده. وقال اللخمي: ظاهر قوله أنهم فيء وإن لم يخرج إلينا وعلى الأول اختصره البرادعي. وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في أولاده مقصور على ما تزايد منه قبل إسلامه، وأما ما حدث من وطء بعد إسلامه فلا يسترق اتفاقاً.

وإِذَا سُبِيَتِ الْمُسْلِمَةُ فَوَلَدَتْ أَوْلاداً ثُمَّ غُنِمَتْ بِهِمْ فَثَالِثُهَا: الْمَشْهُورُ: الصِّغَارُ أَحْرَارٌ والْكِبَارُ فَيْءٌ ....

يعني: إذا أسر العدو حرة مسلمة، ثم غنمت بعد أن حصل لها في دار الحرب أولاد، فلا إشكال في حريتها؛ واختلف في أولادها، فلمالك في الواضحة أنهم تبع وإن كانوا

كباراً ويجبرون على الإسلام فمن أبى أجبر، فإن تمادى قتل كالمرتد؛ لأن الولد يتبع أمه في الحرية. وقال أشهب: الجميع فيء لأنهم نشئوا عن وطء فاسد، وحكى سحنون عنه مثل القول الأول. والثالث: التفرقة وهو مذهب المدونة والمشهور؛ لكن شرط في المدونة في ولدها الكبار، وفي ولد الذمية الكبار إن قاتلوا فحملها ابن أبي زيد على ظاهرها، وأن الكبار إذا لم يقاتلوا كالصغار. ورأى ابن شبلون أن هذا الشرط لا مفهوم له، وأن المقصود أن يكونوا على حال يمكن منهم القتال.

وَأَمَّا الذِّمِّيَّةُ فَفِي صِغَارِ أَوْلادِهَا قَوْلانِ، بِخِلافِ كِبَارِهِمْ

ظاهره نفي الخلاف عن الكبار، وبذلك صرح ابن بشير. ابن عبد السلام: وحكى بعضهم في الكبار قولاً بالتبعية، والمشهور في الصغار [٢٧٥/ ب] أنهم تبع.

وَأَمَّا الأَمَةُ فَالْمَشْهُورُ: أَوْلادُهَا لِمَالِكِهَا. وثَالِثُهَا: مَا وَلَدَتْهُ مِنْ زَوْجٍ لِمَالِكِهَا، وما وَلَدَتْهُ مِنْ غَيْرِهِ فَيْءٌ ....

وجه المشهور أن الولد تابع لأمه في الرق والحرية، والقول بأنهم فيء مطلقاً لابن الماجشون تغليباً للدار، والتفرقة لسحنون؛ لأنه إنما تتحقق تبعية الولد للأم إذا كان من تزويج، وأما إذا كان من غير تزويج فكأن الأب وطئ بحكم الملك، ومن وطئ بحكم الملك كان ولده تبعاً له دون أمه.

وَعَبْدُ الْحَرْبِيِّ يُسْلِمُ ويَفِرُّ إِلَيْنَا حُرٌّ

لأنه غنم نفسه، ولا خلاف فيه. قال في المدونة: وإن قدم معه بمال فهو له ولا يخمس.

وَكَذَلِكَ لَوْ بَقِيَ حَتَّى غُنِمَ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: بعد إسلامه ببلده حتى دخل المسلمون بلادهم فغنموه، فكذلك يكون حراً على المشهور كما لو خرج إلينا. وقال ابن حبيب: وهو رقيق للجيش. **ابن يونس**: وهو أقيس.

وَلا يَكُونُ بِمُجَرَّدِ الإِسْلامِ حُرّاً خِلافاً لأَشْهَبَ وسَحْنُونٍ

خليل: تظهر فائدة هذا الخلاف لو أسلم العبد فأعتقه سيده، هل يكون ولاؤه له إن أسلم أو لا؟ وكذلك تظهر ثمرة الخلاف لو باعه بإثر إسلامه لمسلم، والمشهور مذهب المدونة، ففيها: ومن أسلم من عبيد الحربيين لم يزل ملك سيده عنه إلا أن يخرج العبد إلينا، أو ندخل نحن إلى بلادهم فنغنمه وسيدُه مشركٌ فيكون حراً، ولا يرد إلى سيده إن أسلم سيده بعد ذلك.

وقد أعتق النبي صلى الله عليه وسلم عبيد أهل الطائف لخروجهم مسلمين، وابتاع أبو بكر بلالاً فأعتقه، والدار دار شرك، فلو انتقل ملك ربه عنه كان ذلك فداء، ولم يكن ولاؤه لأبي بكر رضي الله تعالى عنه. وقال أشهب: إسلام العبد بدار الحرب يزيل ملك سيده، خرج إلينا أو أقام ولم يخرج، وإن اشتري كان كالحر المسلم يفدى. انتهى.

قوله: (**وقد أعتق النبي صلى الله عليه وسلم عبيد أهل الطائف**) فهموه على أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بحريتهم لا أنه أنشأ فيهم العتق.

وَلَوْ خَرَجَ مُسْلِماً وتَرَكَ سَيِّدَهُ مُسْلِماً فَهُوَ رِقٌّ لَهُ

هكذا قال في المدونة، وهو ظاهر إن أسلم هو وسيده معاً، أو سبق إسلام سيده، وأما إن أسلم قبل سيده فالجاري على أصل أشهب وسحنون أنه لا يكون رقاً له.

وَإِنْ خَرَجَ الذِّمِّيُّ نَاقِضاً لِلْعَهْدِ فَحَرْبِيٌّ

يعني: خرج طالباً للسكنى ببلد الحرب – أي: تاركاً للعهد – فحربي، ويقتل، ولا خلاف في ذلك.

وَإِنْ أُسِرَ فَفِي اسْتِرْقَاقِهِ قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الذِّمَّةَ تَقْتَضِي الْحُرِّيَّةَ بِدَوَامِ الْعَهْدِ أَوْ أَبَداً ....

أي: فإن أسر هذا الذمي الناقض للعهد، فقال مالك وابن القاسم: يسترق. وهو المشهور.

قال في البيان: واتفق على ذلك أصحاب مالك إلا أشهب فإنه قال: لا يسترق. ومنشأ الخلاف ما ذكره المصنف، وتصوره بيِّن.

اللخمي: وقول أشهب ليس بحسن، وقد حاربت قريظة بعد أن عاهدهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتل الرجال وسبى الذرية والنساء. قال في البيان: ولا حجة في ذلك عندي؛ لأن الذي كان بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين قريظة وغيرهم من اليهود إنما كان مهادنة ومعاهدة، ولم يكونوا أهل ذمة، ورجح قول ابن القاسم بأن الذمي إذا أكره مسلمة على الزنى يقتل ولو كانت الذمة تقتضي التأبيد لم يقتل. واختلف على المشهور في الزمنى والشيوخ، ففي العتبية: لا يستباحون. وقال ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب: يستباحون. قال في البيان: والخلاف إنما هو إذا جهل رضاهم بذلك.

فَإِنْ نَقَضُوا لِظُلْمٍ لَحِقَهُمْ لَمْ يُسْتَرَقُّوا عَلَى الْمَشْهُورِ

المشهور مذهب المدونة والشاذ للداودي، ووجهه بأنهم ناقضون؛ لأنا لم نعاهدهم على أنهم يظلمون المسلمين إذا ظلموهم، وفيه ضعف؛ لأن من فر بسبب ظلم لا يكون ظالماً حقيقة ولا مجازاً، وعلى هذا فإطلاق المصنفِ النقضَ على خروجهم إنما هو مجاز، والعلاقة المشابهة.

وَلا يُسْتَرَقُّونَ بِالْحِرَابَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

قال في المدونة: وإن خرج قوم من أهل الذمة محاربين متلصصين، فأخافوا السبيل وقتلوا، حُكم فيهم بحكم الإسلام إذا حاربوا. والقول بالاسترقاق لابن مسلمة، ووجه التونسي بإكراه المسلمة على الزنى فإنه نقض، والحرابة وقتل النفس أشد.

وَلَوْ أَسْلَمَ جَمَاعَةٌ ثُمَّ ارْتَدُّوا وحَارَبُوا كَأَهْلِ الرِّدَّةِ مِنَ الْعَرَبِ فَفِي كَوْنِهِمْ كَالْمُرْتَدِّينَ أَوْ كَالْمُحَارِبِينَ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغَ. وخَالَفَ عُمَرُ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا فَرَدَّ النِّسَاءَ والصِّغَارَ مِنَ الرِّقِّ إِلَى عَشَائِرِهِمْ، وعَلَيْهِ الأَكْثَرُونَ ....

يعني: إذا أسلم جماعة أو أهل حصن ثم ارتدوا وحاربوا، وظفرنا بهم، فقال ابن القاسم في الواضحة: حكمهم كالمرتدين في المال والدم، يستتاب كبارهم، ويجبر صغارهم على الإسلام إذا بلغوا من غير استتابة. وقال أصبغ: " ليسوا كالمرتدين وهم كالحربيين؛ لأنهم جماعة فهم كأهل النكث؛ لأن المرتد إنما كالواحد وشبهه.

ابن يونس: وقول أصبغ ليس بحسن؛ لأن أهل النكث إنما هم أهل الذمة، ونحن نسترقهم إذا ظفرنا بهم، ولعمري إنه لأمر خالف فيه عمر أبا بكر رضي الله تعالى عنهما في أهل الردة من العرب فجعلهم أبو بكر كالناقضين، فقتل الكبار وسبى ذراريهم، وجعلهم [٢٧٦] عمر كالمرتدين فرد النساء والصغار من الرق إلى عشائرهم، وعلى هذا جماعة العلماء وأئمة السلف إلا القليل منهم. انتهى مختصراً.

وهذا الكلام ككلام المصنف سواء. والظاهر أن عمر لم يخالف في حياة أبي بكر ولا بعد مماته، أما الحياة فلأنه كان وزيره ومستشاره، وأما المات فلأنه إنما فعل ذلك تطييباً لنفوس المسلمين؛ لأن الواحد منهم يرى ابنته وزوجته مملوكة لغيره مع مساواته له في النسب أو الشرف، وفي ذلك من المشقة وتغيير النفوس ما هو معلوم. وقيل: إنما فعل ذلك عمر رضي الله تعالى عنه بعوض، ولا بد من التأويل بهذا أو ما يشبهه، وإلا كان نقضاً لحكم أبي بكر رضي الله تعالى عنه وهو باطل بلا إشكال.

* * *

[٢٧٧/أ] بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

النِّكاح: حقيقته التداخل، يقال: تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض، ويطلق في الشرع على العقد والوطء، وأكثر استعماله في العقد، قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء:٢٢]. ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ [البقرة:٢٢١]. ﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ ﴾ [البقرة:٢٢١]. ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء:٣]. ﴿ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ [النساء:٢٥]. وقد ورد أيضاً بمعنى الوطء في قوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة:٢٣٠]. وقوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً ﴾ [النور:٣] الآية. على خلاف في تأويلها بين العلماء، قيل: وورد بمعنى الصداق في قوله تعالى: ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا ﴾ [النور:٣٣].

عياض: والصحيح أن المراد هنا العقد؛ أي: لا يقدرون على الزواج لعسرهم.

وأما في اللغة فقال ابن راشد: لا خلاف أنه حقيقة في الوطء. واختلف في إطلاقه على العقد، فقيل: بطرق الحقيقة، وقيل بطريق المجاز، وهو أصح لأن المجاز خير من الاشتراك. واختلف في هذا المجاز فقال التلمساني في شرح المعالم الفقهية: هو مساو للحقيقة. وقيل: مجاز راجح، وهو الصحيح. وحكى ابن عبد السلام خلافاً بين أهل الشرع واللغة، هل هو حقيقة في كل واحد منهما ؟ أو في أحدهما ؟ وما هو على الحقيقة ؟ قال: والأقرب أنه حقيقة لغة في الوطء مجاز في العقد وفي الشرع على العكس.

خليل: ويمكن أن يحمل قول من قال أنه حقيقة في العقد على أنه مجاز راجح كما هو المختار في الحقيقة الشرعية كما تقرر في محله فيتفق نقله ونقل ابن راشد والله أعلم.

وحكم النكاح الندب من حيث الجملة، وقد يجب على من لا ينكف عن الزنا إلا به، ويكره في حق من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته، وفي المقنع **لابن بطال**: يكره لمن لا يجد طولاً ولا حرفة له ولا صناعة.

ابن بشير: ويحرم على من لا يخشى العنت، وكان يضر بالمرأة في عدم قدرته على الوطء، أو على النفقة، أو يتكسب بموضع لا يحل.

اللخمي: ويباح لمن لا ينسل ولا أرب له في النساء، وأشار إلى أن المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام.

وفي النكاح فوائد أربع: **الأولى**: دفع غوائل الشهوة عنه. **والثانية**: التنبيه باللذة الفانية على اللذة الدائمة؛ لأنه إذا ذاق هذه اللذة وعلم أنه إذا عمل الخير نال ما هو أعظم سارع في فعل الخيرات لما هو من جنس تلك اللذة، ولما هو أعظم وأتم وأبقى وهو اللذة بالنظر إلى وجه الله تعالى. **والثالثة**: المسارعة في تنفيذ إرادة الله تعالى ورسوله، أما إرادة الله عز وجل فإنه أراد بقاء الخلق إلى يوم القيامة ولا يحصل ذلك إلا بالنكاح، وأما إرادة رسوله صلى الله عليه وسلم فلقوله صلى الله عليه وسلم: «**تناكحوا تناسلوا، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة**». **والرابعة**: بقاء الذِّكر ورفع الدرجات بسبب دعاء الولد الصالح. والله أعلم.

أَرْكَانُهُ الصِّيغَةُ، وَالْوَلِيُّ، وَالزَّوْجُ، وَالزَّوْجَةُ، وَالصَّدَاقُ، الصِّيغَةُ لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى التَّأْبِيدِ مُدَّةَ الْحَيَاةِ كَأَنْكَحْتُ وَزَوَّجْتُ، وَمَلَّكْتُ وَبِعْتُ، وَكَذَلِكَ وَهَبْتُ بِتَسْمِيَةِ الصَّدَاقِ....

يعني أن أركان النكاح خمسة، ثم أخذ يتكلم على الأول منها. وما ذكره المصنف في الصيغة نحوه لابن شاس، ومقتضاه أنه لا ينعقد بالإشارة والكتابة ونحو ذلك، وهو مقتضى كلامه في الإشراف. وكذلك قال في الاستذكار: النكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه ولا خلاف في انعقاده بأنكحت وزوجت. قال المغيرة: ولا ينعقد بغيرهما. واختلفت طرق الشيوخ في نقل المذاهب فيما عداهما، فذهب ابن القصار وعبد الوهاب

في الإشراف، والباجي، وابن العربي في أحكامه إلى أنه ينعقد بكل لفظ يقتضي التأبيد دون التوقيت، فينعقد بملكت وبعت كما ذكر المصنف. وأشار الباجي في توجيهه لذلك إلى أنه قول مالك. واستدل جماعة لذلك بما في الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم: «**ملكتكها بما معك من القرآن**»، وفي رواية: «**أنكحناكها**». وذهب صاحب المقدمات إلى أنه لا ينعقد بما عدا أنكحت وزوجت إلا لفظ الهبة، فاختلف فيه قول مالك، فروي عنه أنه لا ينعقد بها، وروي عنه أنه ينعقد ويلزم فيه صداق المثل كنكاح التفويض، وقد روى ابن حبيب نحوه عن مالك. انتهى بمعناه.

ومقتضى ما نقله من رواية ابن حبيب أنه يصح، وإن لم يسم صداقاً ونقل في الإكمال عن مالك أنه لا ينعقد بلفظ الهبة.

ابن المواز: وسواء سمي الصداق أم لا. ومذهب المدونة أنه لا ينعقد بلفظ الهبة إلا بتسمية الصداق كما ذكر المصنف. ويلحق بها في اشتراط التسمية الصدقة من باب أولى؛ لأن هبة الثواب أحد قسمي الهبة، والصدقة لا عوض لها أصلاً.

ابن القصار: وسواء عندي ذكر المهر في لفظ الهبة والبيع أو لم يذكر إذا علم أنهم قصدوا النكاح.

فانظر هل ما قاله مخالف لما قاله المصنف في لفظ الهبة أم لا ؟ لأن قوله: إذا علم أنهم قصدوا [٢٧٧/ ب] به النكاح يقتضي ثبوت الصداق فكان ذلك بمنزلة ذكره، وكذلك قال ابن راشد: لا ينبغي أن يعد قول ابن القصار خلافاً.

ابن القصار: قال بعض أصحابنا: ويجوز بلفظ التحليل. وقال الطرطوشي في لفظ الإباحة: قال بعض أصحابنا: إن قصد به النكاح صح.

وقوله: (**عَلَى التَّأْبِيدِ مُدَّةَ الْحَيَاةِ**) احترز بذلك من العارية والرهن والوصية، فإنه لا ينعقد بذلك، نص عليه ابن القصار وعبد الوهاب لاقتضاء الأولين التمليك والتوقيت والثالث التوثق دون التمليك وعدم لزوم الرابع.

تنبيهان:

الأول: قد يقال: إن حد المصنف للصيغة غير مانع لشموله مثل (وقفت وحبست على فلان أو أعمرته) لدلالة ذلك على التأبيد مدة الحياة.

الثاني: ما ذكره المصنف من أن الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة صحيح كما بيناه، واعترضه ابن عبد السلام بما حاصله أنه لا يشترط دلالة الصيغة على التأبيد بل ألا تدل على التوقيت، وذكر أن ذلك هو الذي يؤخذ من كلام أهل المذهب. وذلك أعم من كونها دلالة على التأبيد، وفيه نظر لأن عبد الوهاب صرح في الإشراف بما ذكر المصنف وكذلك غيره، والله أعلم.

وَمِنَ الزَّوْجِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ

قوله: (**مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ**) أي: دون صيغة معينة.

ابن عبد السلام: وكذلك الإشارة. **خليل**: ولا أعلم نصاً في الإشارة، والظاهر أنها لا تكفي من جهة الزوج، أما **أولاً**: فلأن النكاح لا بد فيه من الشهادة، ولا يمكن إلا مع التصريح من الولي والزوج ليقع الإشهاد عليهما. وأما **ثانياً**: فلأن قول المصنف (**وَمِنَ الزَّوْجِ**) معطوف على مقدر تقديره: الصيغة من جانب الولي كذا، ومن جهة الزوج كذا.

فكان قوله: (**وَمِنَ الزَّوْجِ**) خبر عن (**الصِّيغَةُ**) فلا يصدق على الإشارة. وعلى هذا فالظاهر أن مراده بقوله: (**مَا يَدُلُّ**) كل لفظ، ولا يشترط فيه تعيين كما في صيغة الإيجاب، فإن قيل: المصنف قد يجعل الإشارة من الصيغة كقوله في باب الوصايا: الصيغة كل لفظ أو إشارة يفهم منها قصد الوصية، قيل: هذا مجاز، والأصل عدمه.

ابن شاس: ويكفي أن يقول الزوج قبلت، إذا تقدم من الولي الإيجاب، ولا يشترط أن يقول قبلت نكاحها.

فَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي؛ فَقَالَ: فَعَلْتُ لَزِمَ، وَلَوْ قَالَ: لا أَرْضَى؛ لَمْ يَنْفَعْهُ بِخِلافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَحْلِفُ ....

يعني: أنه ينعقد بالاستيجاب كما ينعقد بالإيجاب، وهكذا قال صاحب الجواهر؛ لأن قوله: (**زَوِّجْنِي**) طلب للتزويج، وهو يقتضي رضاه بالتزويج، وقول الولي: (**فَعَلْتُ**) يقوم مقام الإيجاب، وهو قوله: زوجتك. ويؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه فهم من قوله (**لا أَرْضَى**) أن الزوج إن شاء ما يقتضي الرضا بعد قول الولي (**فَعَلْتُ**) وليس بظاهر؛ لأنا قد بينا أن قول الزوج: (**زَوِّجْنِي**) يقوم مقام الرضا، وستأتي مسألة البيع التي أشار إليها المصنف في بابها إن شاء الله تعالى.

والفرق بين النكاح والبيع من وجهين: **أحدهما**: أن هزل النكاح جد على المشهور. **والثاني**: أن العادة جارية بمساومة السلع وإيقافها للبيع في الأسواق، فناسب ألا يلزمه ذلك في البيع إذا حلف لاحتمال أن يكون قصد معرفة الأثمان، ولا كذلك النكاح، والله أعلم.

وَالْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ، وَمَا قَلَّ أَفْضَلُ

ابن راشد: الخطبة بضم الخاء واحدة الخطب، وأما بكسرها فهي عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة وهي مشروعة في العقد. وما قل منها أفضل. قال بعض الأكابر: أقلها أن يقول الولي: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام، زوجتك على كذا. ويقول الزوج: الحمد لله والصلاة على رسوله والسلام، قبلتُ نكاحها. وفي الذخيرة: قال صاحب المنتقى: تستحب الخطبة بالضم عند الخطبة بالكسر وصفتها أن يحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على نبيه عليه الصلاة والسلام ثم يقول: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ [آل عمران:١٠٢]، ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ [النساء:١]، ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ [الأحزاب:٧٠].

ثم يقول: أما بعد، فإن فلانا قد رغب فيكم وانطوى إليكم، وفرض لكم من الصداق كذا، وفي الجواهر: تستحب عند العقد. انتهى.

أو إنما استحب ذلك لما رواه الترمذي وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام: «**كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بحمد الله فهو أجذم**». أي: ناقص. وتقليلها أفضل لأن كثرتها من التشدق المنهي عنه لا سيما إن صحب ذلك فخر ومدح للمتزوجين وآبائهما بما ليس فيهم.

الْوَلِيُّ الْمَالِكُ، ثُمَّ الابْنُ وإِنْ سَفَلَ، ثُمَّ الأَبُ، ورُوِيَ: الأَبُ، ثُمَّ الابْنُ، ثُمَّ الأَخُ، ثُمَّ ابْنُهُ، ثُمَّ الْجَدُّ. قَالَ الْمُغِيرَةُ: الْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الأَخِ وابْنِهِ. ثُمَّ الْعَمُّ، ثُمَّ ابْنُهُ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الإِرْثِ ....

هذا هو الركن الثاني، وخالفنا في ذلك أبو حنيفة، فلم ير الولي ركناً، ودليلنا ما رواه الدارقطني وصححه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**».

وقدم المصنف (**الْمَالِكُ**) لأنه أقوى الأولياء، إذ هو يجبر الكبيرة والصغيرة والذكر. (**ثُمَّ الابْنُ**) لأنه أقوى العصبة، ورأى في الرواية الأخرى أن في الأب زيادة [٢٧٨/ أ] وشفقة. وابن الابن كالابن في عدمه، فالخلاف في الأخ مبني على هذا الخلاف. فعلى المشهور يقدم الأخ وابنه على الجد لإدلائهما بالبنوة، وعلى الرواية الأخرى يقدم الجد على الأخ. وروي عن مالك أن للأخ أن يزوج المرأة الثيب مع وجود الأب.

اللخمي: وهو قول مرغوب عنه. والمعروف من قول مالك أنه إذا عقد الأخ مضى لا أن له ذلك ابتداء.

قوله: (**عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الإِرْثِ**) الضمير عائد على الجد والعم وابنه لا على كل من تقدم؛ فإن الجد في باب الميراث أولى من ابن الأخ؛ قاله ابن عبد السلام.

وَفِي تَقْدِيمِ الشَّقِيقِ مِنَ الأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِهِ عَلَى الآخَرِ رِوَايَتَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَالْمُدَوَّنَةِ

الروايتان إنما هما منصوصان في الأخ. ففي اللخمي: اختلف في الأخوين أحدهما شقيق والآخر لأب، ففي الكتاب من رواية علي: هما سواء.

قال مالك وابن القاسم وغيرهما في الواضحة: الشقيق أولى. ويجري الجواب في أبنائهما وفي العمين أحدهما شقيق والآخر لأب وفي أبنائهما على نحو ذلك، وتقديم الشقيق أحسن. انتهى.

وكذلك اختار ابن القاسم وسحنون وغيرهما من أصحاب مالك المصريين والمدنيين هذه الرواية قياساً على الإرث والولاء والصلاة عليها، بل جزم سحنون بعدم صحة مقابلها. والأحسن لو قال: وابنيهما، لكن حذف في الأول ما أثبته في الثاني كأحد الوجهين في قوله تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَحَقُّ أَن يُرۡضُوهُ ﴾ [التوبة:٦٢].

فإن قيل: ليس ما نسبه إلى المدونة صريحاً فيها لاحتمال أن يكون مراده فيها بعد الوقوع، ونصها: قال علي عن مالك في الأخ يزوج أخته لأبيه، وثم أخوها لأبيها وأمها: إن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، ولا تنكح حينئذ إلا برضاه. فقوله في الأخ يزوج أخته يحتمل بعد الوقوع والنزول، ويرجحه قوله بعد ذلك أن النكاح جائز، وأيضاً فإن ما قبل هذا الكلام وبعده في المدونة إنما هو في الأبعد يزوج مع وجود الأقرب، فجوابه أن غاية ما ذكرته أن اللفظ محتمل، لكن قوله: إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق فلا تنكح حينئذ إلا برضاه. ظاهر أو صريح في أن كلامه في امرأة لم تنكح، ويكفي في رد هذا أن فهم سحنون واللخمي وغيرهما من الأشياخ خلافه.

ثُمَّ الْمَوْلَى الأَعْلَى لا الأَسْفَلُ عَلَى الأَصَحِّ

أي: بعد عصبة النسب تنتقل الولاية إلى المولى الأعلى وهو من له العتاقة.

ابن عبد السلام: وادعاء المصنف أن المولى الأسفل لا ولاية له ليس بصحيح؛ لأن جميع شراح المدونة فسروا جميع ما وقع لمالك في النكاح الأول منها بأن المولى الأسفل أحد الأولياء، ولم يذهب أحد منهم إلى نفي الولاية عنه.

خليل: وقد يقال ليس في المدونة نص على ولايته، وقد قال ابن الجلاب: ولا ولاية للأسفل على الأعلى. والقاعدة عند الشيوخ أن كل ما أطلق في الجلاب ولم يعزه لنفسه ولا لغيره فهو لمالك، وكلام مالك أولى من كلام غيره.

وفي الكافي: ولا ولاية للأسفل على الأعلى. وقد قيل: إن للمولى الأسفل مدخلاً في الولاية، وليس بشيء. ونقله ابن شاس، ونقل ذلك ابن زرقون عن الموازية أنه لا ولاية للأسفل على الأعلى. وأيضا فعدم ولاية الأسفل على الأعلى هو القياس؛ لأن الولاية هنا إنما تستحق بالتعصيب.

ثُمَّ عَصَبَتُهُ ثُمَّ مُعْتِقُهُ ثُمَّ عَصَبَةُ مُعْتَقِهِ عَلَى مَا ذَكَرَ

أي: فإن فقد المولى الأعلى انتقلت الولاية إلى عصبته ثم إلى معتق المعتق، ثم إلى عصبته على ما تقدم في ترتيب العصبات وهو ظاهر. وليس للأخ للأم ولا الجد للأم ولا لذوي الأرحام ولاية عندنا إلا من باب ولاية الإسلام.

ابن وهب: وقاله مالك، وقال علي بن زياد عن مالك: إذا زوج الأخ للأم مضى النكاح، وحكى ابن عبد الغفور في وثائقه.

فَالْمَالِكُ يُجْبِرُ الأَمَةَ والْعَبْدَ، ولا يُجْبَرُ هُوَ لَهُمَا

لما ذكرَ الأولياءَ ومراتِبَهُمْ تَكَلَّمَ على من له الجبر، ولا خلاف عندنا أن السيد يجبر الأمة والعبد بشرط عدم الضرر، ففي العتبية والموازية لمالك: ليس له أن يزوج الجارية الرفيعة من عبدٍ له وغد، وقد قال مالك: وليس ينظر إلى الوغد في المنظر، فرب وغد في المنظر تكون له الخبرة والحال.

قوله: (**لا يُجْبَرُ هُوَ لَهُمَا**) أي إذا طلبا الزواج وأبى هو ذلك فلا يجبر لأنه يتضرر بالتزويج، قال مالك في الموازية: وإن تبين أن العبد والمكاتب محتاجان إلى النكاح وأن السيد ضار بهما فلا يقضى على السيد بنكاحهما.

عبد الحميد: واختلف في هذه المسألة، فكان بعض الشيوخ يقول: الصواب عندي أن القول قول العبد لاشتداد الضرر به؛ إذ ذاك ضرر في الدين. وكان بعض المذاكرين يقول: انظر إلى ما قاله ابن خويزمنداد إذا كانت له القدرة له على التسري، وله حاجة إلى النكاح يخاف معها العنت أنه يجب عليه، وإذا كان واجباً عليه فالعبد يشاركه فيها، ولأن بعض أصحابنا أوجبه للأب على ابنه. انتهى.

والظاهر أنه يؤمر بالتزويج أو البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا ضرر ولا ضرار**».

وَتُوكِلُ الْمَالِكَةُ فِي أَمَتِهَا وَلِيَّهَا أَوْ غَيْرَهُ

وهذا كقوله في الكافي: وإذا أرادت المرأة إنكاح أمتها استخلفت رجلاً يزوجها بإذنها.

وَيُوَكِّلُ الْمُكَاتَبُ فِي أَمَتِهِ [٢٧٨/ب] وَإِنْ كَرِهَ سَيِّدُهُ بِشَرْطِ ابْتِغَاءِ الْفَضْلِ

هذا كقوله في المدونة: وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل وإن كره سيده، ولكن يلي العقد غيره بأمره ولا يجوز على غير ابتغاء الفضل إذا رده السيد، وإنما جاز ذلك للمكاتب لأنه أحرز نفسه وماله.

وَالْوَصِيُّ يُزَوِّجُ رَقِيقَ الْمُوصَى عَلَيْهِ بِالْمَصْلَحَةِ

هذا ظاهر التصور، وقال هنا: (**بِالْمَصْلَحَةِ**) لأن المطلوب مصلحة المحجور عليه، وقد تكون بغير المال.

وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لا يُجْبَرُ ولَكِنَّهُ كَمَالِكِ الْجَمِيعِ فِي الْوِلايَةِ والرَّدِّ

لأن بعض الحر لا تصرف له فيه. قال في البيان: ولا خلاف في ذلك.

(**ولَكِنَّهُ كَمَالِكِ الْجَمِيعِ**) أي: ولكن مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على الأمة، وفي رد نكاح العبد أوالأمة إن تزوجا بغير إذن السيد.

وَمَنْ فِيهِ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ: ثَالِثُهَا: يُجْبَرُ الذُّكُورُ. ورَابِعُهَا: يُجْبَرُ مَنْ لَهُ انْتِزَاعُ مَالِهِ

سبب الخلاف النظر إلى تغليب شائبة الحرية: فيمتنع الجبر، أو حكم الرق؛ فيصح، والقولان بالجبر وعدمه لمالك. وفرق في الثالث لأن الذكر قادر على الحل عن نفسه بالطلاق، وهذا القول حكاه ابن بشير. وعلى الرابع: لا يجبر المكاتب والمكاتبة، وأم الولد والمدبر إذا مرض السيد، والمعتق إلى أجل إذا قرب الأجل.

وذكر ابن بشير عن بعض أشياخه أنه أنكر على اللَّخْمِيّ وجود الرابع، قال: وإنما الذي أرى في هذه الرواية أنه لا يجبر المكاتب لأنه لا يقدر على انتزاع ماله. فأخذ اللَّخْمِيّ إطلاقاً كلياً، وهو غير صحيح لأنه قد يعلل في الرواية بعلة، فإذا وقف على صورة ليست تلك العلة فيها فقد يجيب فيها معتمداً على مراعاة أخرى، فاعتقد أن انتفاء العلة المعينة توجب انتفاء المعلول مطلقاً، وذلك غير لازم في العلل الشرعية؛ لأنها قد تجتمع على المعلول الواحد علل، فإذا انتفت واحدة منها بقي الحكم مستنداً إلى غيرها. انتهى. وفيه نظر؛ لأن حاصله الشهادة على نفي كيف، وقد نقله ابن يونس ولفظ محمد: من له انتزاع ماله فله أن يكرهها ما لم يكن يطلب بذلك ضررها، وهكذا نقله في تهذيب الطالب.

وَالأَبُ يَجْبُرُ الصَّغِيرَةَ

ظاهره ثيباً كانت أو بكراً، ولا خلاف في البكر، وأما الثيب الصغيرة ففيها ثلاثة أقوال: قال سحنون: يجبرها؛ لأن الثيوبة في حال الصغر كالعدم. قال أبو تمام: لا يجبرها؛

لأن علة الجبر البكارة وقد زالت. وقال ابن القاسم وأشهب: يجبرها إن كان زَوَّجها قبل البلوغ ولا يجبرها بعده؛ لأنها صارت ثيباً بالغاً.

اللخمي: وهو أحسن. واستصوبه غيره، وإنما قلنا ظاهر كلامه وإن كانت ثيباً لقوله بعد ذلك: (**وفي الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان**) فمفهومه أنها إذا لم تبلغ تجبر، ولأنه لو لم يحمل كلامه هنا على العموم لزم أن يكون أسقط الكلام على الصغيرة الثيب.

وَالْبِكْرَ الْبَالِغَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا. وَقِيلَ: يُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُهَا

أي: ويجبر البكر البالغ.

اللخمي: واختلف في البكر البالغ غير المعنسة، ففي الكتاب: له أن يجبرها، وفي الموازية: وإن شاورها فحسن. وهو أحوط ليخرج من الخلاف، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يجبرها، ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**والبكر يستأذنها أبوها**» أخرجه مسلم.

وقال ابن بشير: حكى اللَّخْمِيّ في استحباب استئذانها قولين، والظاهر أن المذهب على قول واحد في الاستحباب للخروج من الخلاف.

خليل: وفيه نظر؛ لأن حاصله شهادة على نفي. وقد نقل الباجي عن ابن القاسم أنه أنكر أن يستأمرها الأب، لكن في كلام اللَّخْمِيّ نظر من وجه آخر لأنه نسب القول بعدم الاستحباب للمدونة، وهي لا يؤخذ منها ذلك لأن الذي فيها: ليست المشورة بلازمة، وذلك لا ينافي الاستحباب، والاستحباب أولى، وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب للخروج من الخلاف، ولتطييب قلبها، ولأنها قد يكون بها عيب فتظهره حينئذ.

ابن عبد السلام: ووقع في بعض الفتاوى المنسوبة للسيوري أن الأب لا يجبرها، واستدل القائل بعدم الجبر بما في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماتها**».

وجوابه أن المراد بالبكر اليتيمة، لما خرج أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز لها**». قال في الاستذكار في تعليل الجبر: ولأنه لا يتهم عليها، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها**». فدل على أن ذات الأب تنكح بغير إذنها. انتهى.

فإن قيل: فقد روي في بعض الطرق: «والبكر يستأذنها أبوها» قيل: قال أبو داود لما ذكر الحديث: «**أبوها**» ليس بمحفوظ. وقال الباجي فيه: صوابه كما رواه مالك وتابعه عليه سفيان: «**والبكر تستأذن في نفسها** » وقد روي «**والبكر تستأمر**» وروايته أثبت ممن روى «**يستأذنها أبوها**»، ويجوز أن يحمل استئذان الأب إن صحت الرواية على الاستئذان المندوب. وفي الموطأ أن القاسم وسالماً كانا ينكحان بناتهما الأبكار ولا يستأمرانهن. مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا. وهذا دليل على عدم استحباب [٢٧٩/ أ] المشاورة.

تنبيه: الجبر مقيد بما إذا لم يكن ضرر، فإن كان ضرر فلا يلزمها وله أن يزوجها من الضرير، والقبيح، ومن هو أدنى منها حالاً وأقل مالاً، وإن زوجها من مجبوب أو خصي، أو عنين، فقال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ: ذلك يلزمها إن كان على وجه النظر علمت به أو لم تعلم.

الباجي: ورأيت لسحنون أنه لا يلزمها في الخصي، والأظهر عندي في العنين والخصي والمجبوب وما كان للمرأة أن تفسخ النكاح به من العيوب فليس للأب إلزامها ذلك. وكذلك اختاره اللَّخْمِيّ، أما إن زوجها الأب من مجنون يخاف عليها منه، أو أبرص متسلخ أو مجذوم متقطع، قد منع من الكلام وتغيرت رائحته فلا يلزمها اتفاقاً.

سحنون: وإن كانت مجنونة وأراد الأب أن يزوجها مجنوناً أو مجذوماً، وقال: أغتفر عيبها لعيبه لم يكن له ذلك لأنها قد تفيق، وللأب تزويجها بربع دينار ولو كان صداق مثلها ألفاً، ولا كلام لها ولا لغيرها، رواه ابن حبيب عن مالك، قال في المدونة: ولا يجوز للسلطان

ولا للوصي ولا لأحد من الأولياء أن يزوجها بأقل من صداق مثلها، وينبغي للولي أن يختار لوليته زوجاً سالماً، وإلى ذلك أشار اللَّخْمِيّ، وقد كره عمر رضي الله تعالى عنه أن يزوج وليته من الرجل القبيح.

وَالْمَجْنُونَةُ والثَّيِّبُ بِعَارِضٍ كَالْبِكْرِ

يجوز في (**الْمَجْنُونَةُ**) النصب بالعطف على (**الصَّغِيرَةَ**) أي: ويجبر المجنونة وإن كانت كبيرة، ويجوز فيها الرفع على الابتداء. وينبغي أن يلحق بالأب القاضي، وهذا إن كانت لا تفيق، وأما إن كانت تفيق أحياناً فتُنتظر إفاقتها.

وقوله (**بِعَارِضٍ**) أي زالت بكارتها بغير جماع كوثبة أو عود، فلا خلاف فيما ذكره المصنف.

وَفِي الثَّيِّبِ بِحَرَامٍ قَوْلانِ

إنما عدل عن عبارة أكثر المؤلفين وهي الثيب بالزنا؛ ليدخل في كلامه المغتصبة فإنها مساوية للزانية في هذا الحكم، صرح بذلك صاحب المقدمات واللخمي وغيرهما. والقول بالجبر مذهب المدونة، والقول بعدمه في الجلاب.

واختلف في تعليل جبرها مع زوال البكارة، فقيل: لأن ذلك لا يزيدها إلا حياءً؛ ولهذا قال عبد الوهاب: ألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنه إذا كانت العلة في المزني بها الحياء، فإذا تكرر منها الزنا ارتفع حياؤها، فيرتفع الجبر، فالتزمت ذلك. وقيل: لأنها لما قصدت بالزنا زوال الإجبار عوقبت بنقيض مقصودها. ورد هذا ابن محرز باتفاق المذهب على ارتفاع الجبر في حق من زوجت نفسها قاصدة لذلك. وهل قول القاضي تفسير للمدونة، وهو الأظهر، أو خلاف ؟ في ذلك للشيوخ مذهبان: قال في المقدمات: واختلف إذا زنت أو غصبت، فقيل: حكمها حكم البكر في جميع أحوالها. وقيل: حكم

الثيب في جميع أحوالها. وقيل: حكمها حكم الثيب في أنه لا تزوج إلا برضاها، وحكم البكر في أن إذنها صماتها.

وَالثَّيِّبُ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ مِثْلُهَا بِالصَّحِيحِ

أي: فلا تجبر لأنها لا حياء يلحقها في ذلك كالزانية، ولأن لواحق النكاح الصحيح ثبتت في هذا من لحوق الولد، ودرء الحد، والاعتداد في بيتها فوجب أن تساويها في عدم الجبر.

وَفِي الْعَانِسِ قَوْلَانِ، وهِيَ الْمُبَاشِرَةُ الْعَارِفَةُ بِالْمَصَالِحِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وسِنُّهَا أَرْبَعُونَ. وقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: ثَلاثُونَ ....

القولان لمالك، وروى عنه محمد: يجبرها. قال في المتيطية: وبها القضاء وعليها العمل. وروى ابن وهب عنه أنه لا يجبرها.

قوله: (**وهِيَ**) تفسير للمعنسة، وهو واضح، ومنشأ الخلاف هل العلة في الجبر البكارة وهي موجودة ؟ أو الجهل بالمصالح وهذه عالمة بها ؟

قال في المقدمات: وعلى الجبر؛ فللأب أن يرضى بأقل من صداق المثل، وعلى عدمه فالرضى بقليل الصداق وكثيره إليها دونه كالمرشدة.

ابن راشد: وفي معنى المعنسة البكر المرشدة. المتيطي وغيره: والمشهور أن المرشدة لا تجبر. وصوب أبو عمر بن عبد البر القول بجبرها نظراً للبكارة، وعلى المشهور فهل يكون إذنها صماتها أو نطقاً ؟ فالمشهور من القول، وهو قول ابن الهندي، وابن العطار، والباجي: لا بد من اللفظ. وقال ابن لبابة: الصمات فيها يجزئ. وفرق جماعة من الشيوخ، فقالوا: إن كان صداقها أو بعضه عرضاً كلفت الكلام، وإن كان عيناً اكتفي بالصمت.

بعض الموثقين: هذه المسألة اجتمع فيها وجهان: من نظر إلى البكارة اكتفى بالصمت، ومن نظر إلى أن الرضا بالصداق لها، قال: لا بد من الكلام. ورأى في الثالث أن الصداق إذا كان عرضاً أنه لا بد من نطقها لأنها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت.

ابن سهل: ولا وجه لهذه التفرقة.

واختلف في حد التعنيس على سبعة أقوال:

القولان اللذان ذكرهما المصنف. **وقيل**: ثلاثة وثلاثون. **وقيل**: خمسة وثلاثون. **وقيل**: خمسة وأربعون. **وقيل**: خمسون. **وقيل**: من الخمسين إلى الستين. هذا إذا كانت العانس ذات أب، ولا حاجة إلى [٢٧٩/ ب] ذكر حد التعنيس بالنسبة إلى المهملة هنا، فإن الكلام هنا في الجبر وهو خاص بالآباء، وأنت تعلم أن وجود دليل شرعي على مثل هذا التحديد متعذر.

وَفِي مَنْ طَالَتْ إِقَامَتُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الْمَسِيسِ قَوْلانِ، وَفِي تَحْدِيدِهِ بِسَنَةٍ أَوْ بِالْعُرْفِ قَوْلانِ....

القول بعدم الجبر مذهب المدونة، ففيها: ومن زوج ابنته فدخل بها الزوج ثم فارقها قبل أن يمسها لم يكن لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر إن طالت إقامته معه وشهدت مشاهدة النساء، وأرى السنة طولاً؛ فأسقط المصنف قوله مشاهد النساء، ولا بد منه، وإلى ذلك أشار صاحب التنبيهات. وقيل: معنى قوله مشاهد النساء؛ أي: بالحيض والحمل. **خليل**: وفيه نظر؛ لأنها إذا حملت تخرج عن فرض المسألة. والظاهر أنه أراد الجلوس معهن والتحدث والاجتماع في نحو الولائم. والقول بالجبر لابن عبد الحكم نظراً إلى البكارة، ورأى في المشهور أنها عرفت مصالح نفسها.

والمشهور تحديد المدة بالسنة؛ لأن المرأة لا تعرف الأحوال إلا بجميعها لاختلاف المآكل والملابس وأحوال القوم في السنة. والقول بالرجوع في ذلك إلى العرف رواية ذكرها

عبد الوهاب، وهي الأصل، فإن لم يطل مكثها معه كشهر أو شهرين فالمشهور من المذهب أن للأب إجبارها. وحكى الأبهري قولاً آخر بعدم الجبر.

وأما إن قامت معه ستة أشهر ثم طلقت وقالت: ما جامعني؛ فاستحب في العتبية مؤامرتها؛ فإن لم يفعل وزوجها مضى النكاح.

فرع مرتب:

إذا قلنا بالإجبار مطلقاً أو مع عدم الطَّول فلا بد من إقرارها بذلك قبل العقد، ولا يصدق الأب لئلا يؤدي إلى إنكاح الأب الثيِّب بغير أمرها، ولا يسمع في ذلك قول الزوج أنه وطئ.

ابن سعدون: ولو أكْذبها الأب وهي فقيرة، والأب موسر لكان القول قولها لأنه لا يُعلم إلا من جهتها. انتهى.

وكذلك نقل صاحب المتيطية عن بعض الموثقين. وقال في البيان بعد قوله: إن زوجها بعد أن قامت ستة أشهر بغير استئمار مضى النكاح: هذا إذا أقرت بذلك على نفسها قبل أن يزوجها أو بقرب تزويجها، وأما إن زوجها وهي غائبة غيبة بعيدة أو حاضرة ولم تعلم حتى طال الأمر فإنها تتهم على إمضاء النكاح بإقرارها على نفسها أن زوجها الذي دخل بها لم يصبها. فجعل الإقرار بقرب العقد بمنزلة الإقرار قبله، وهو خلاف الكلام الأول. وفي اللخمي: إذا طلقت بالقرب وادعت البكارة وخالفها الأب كان القول قوله ولا تلزمه نفقتها.

وَفِي الثَّيِّبِ تَبْلُغُ بَعْدَ الطَّلاقِ قَوْلانِ

تقدم الكلام على هذا الفرع.

فرع: ولا يجبر الأب الثيب السفيهة على المعروف، وحكى المتيطي قولاً بأنه يجبرها.

وَوَصِيُّ الأَبِ وَوَصِيُّهِ بِالإِنْكَاحِ كَالأَبِ وقيل: إِلا فِي الإِجْبَارِ، وَقِيلَ: إِلا أَنْ يُفْهَمَ الإِجْبَارُ، وَقِيلَ: إِلا فِي الْبِكْرِ الْبَالِغِ. وَقِيلَ: هُوَ وَالْوَلِيُّ سَوَاءٌ، وَقِيلَ: الْوَلِيُّ أَوْلَى، وَقِيلَ: كَالأَجْنَبِيِّ ....

أي: ووصي الأب. ووصي الوصي؛ يريد: وإن بعد بالنكاح كالأب، فحذف بالنكاح من الأول لدلالة الثاني عليه. قوله: (**كَالأَبِ**) أي: فيجبر. وهذا القول ذكر اللَّخْمِيّ أنه المعروف، فقال: الإجبار يختص بالآباء وبمن أقامه الأب في حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج. واختلف إذا لم يعينه الأب، وجعل ذلك إلى اجتهاد من أقامه؛ فقيل: للمُقام إجبارها ويُنكحها ممن يراه أحسن لها قبل البلوغ وبعده. وهذا هو المعروف من قول مالك.

قوله: (**وقيل: إِلا فِي الإِجْبَارِ**) هذا القول هو الذي يؤخذ من المدونة، ففيها: وللوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي، ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدوا له لم يجز إلا برضا الوصي، وإن اختلفوا نظر السلطان. وقال يحيى بن سعيد: الوصي أولى من الولي، ويشاور الولي.

قوله (**وَقِيلَ: إِلا أَنْ يُفْهَمَ الإِجْبَارُ**) أي: فيكون له الإجبار، ومقتضاه أن الأول يقول بالجبر وإن لم يفهم الإجبار.

واعترضه ابن عبد السلام وقال: كل من يرى له الجبر لا يقوله إلا إذا نص على الجبر أو على ما يستلزم الجبر. وعلى هذا فينتفي الأول. ومقتضى الرسالة أنه لا يزوجها إلا أن ينص له الأب على ذلك؛ لقوله: وللوصي أن يزوج الطفل في ولايته، ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها، وقال قبل ذلك: وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره فلا يزوجها حتى تبلغ وتأذن، وإذنها صماتها.

قوله: (**وَقِيلَ: إِلا فِي الْبِكْرِ الْبَالِغِ**) **ابن راشد**: هو المشهور. وفهم المدونة عليه، وما قلناه من حمل المدونة على القول الثاني في كلام المصنف أولى؛ لأنا لو حملناها على هذا لزم أنه إذا

زوج الولي معه أن يمضي؛ لأن الذي يفهم من الأولوية أن يكونا كوليين أحدهما أقرب والآخر أبعد، فكان يمضي نكاح الولي مع الوصي، وليس كذلك.

عياض: وظاهر قوله في المدونة: ولو رضيت هي ووليها برجل وعقدوا له لم يجز [٢٨٠/ أ] إلا برضا الوصي؛ أن للوصي رده، وكذلك نص في الموازية.

وهل هذا حق للوصي وأنه لا ولاية للولي معه فيها كما ليس له ذلك مع الأب الذي أنزله منزلته فينقضه على كل حال، أو حماية للأوصياء لئلا يفتات عليهم ويتسع الأمر فيؤدي إلى إسقاط ما بأيديهم؟ وقال الشيخ أبو إسحاق: ظاهره أنه إن أجازه الوصي جاز. ونحا بعض الشيوخ إلى أنه إن كان نظراً منع الوصي من فسخه.

وجعل ابن عبد السلام ظاهر المدونة وما نص عليه في الموازية مفرعاً على القول الذي قدمه المصنف، وقال: الأول هو المشهور وعليه فرعوا. وفيه نظر.

قوله: (**وَقِيلَ: هُوَ وَالْوَلِيُّ سَوَاءٌ**) **ابن راشد**: لم أقف على هذا القول. قوله (**وَقِيلَ: الْوَلِيُّ أَوْلَى**) هذا القول حكاه سحنون في السليمانية عن غير ابن القاسم من الأصحاب.

قوله: (**وَقِيلَ: كَالأَجْنَبِيِّ**) أي: فلا ولاية له. وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم. وحكى ابن مغيث في وثائقه عن العتبي أنه ليس للوصي من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي. وكان القاضي ابن السليم يلزم الوصي بأن يأمر الولي بالتزويج ليخرج من الخلاف؛ فإن قلت: يرد على المصنف سؤالان:

الأول: ليس في كلام المصنف تعرض للوصي المطلق لكونه قيده بالنكاح. وقد نص في المدونة على أن له أن يزوج.

الثاني: مقتضى كلامه أنه إذا أوصاه على ضيعته أو تفرقة ثلثه أنه لا يجوز له أن يزوج. وقال في المدونة في الوصي على الضيعة وتفرقة الثلث: إذا زوج رجوت أن يمضي.

فالجواب عن الأول: لا نسلم أنه إذا أوصى له وصية مطلقة أنه لم يوص له بالنكاح؛ لأن الإيصاء بالنكاح داخل في الإطلاق، فكلام المصنف شامل لهذه الصورة.

وعن الثاني: أنه في المدونة إنما تكلم بعد الوقوع لا في الجواز ابتداء.

لكن نص أَشْهَب في ديوانه وحكاه عنه فضل أنه إذا أوصاه على ماله أنه يزوج بذلك بناته ما لم يقل: وليس إليه من بناتي شيء. وقال في البيان: والقياس ما قاله ابن حبيب؛ لأنه قال: إذا قال: فلان وصي على مالي؛ فليس بوصي على الولد في تزويجهم، وإنما يكون وصياً في التزويج إذا قال: فلان وصيي، ولم يزد. أو قال: على بضع بناتي.

تنبيهان: **الأول**: مقتضى كلام اللَّخْمِيّ أنه إذا عين الميت الزوج كان له أن يزوجها من غير خلاف، وقد صرح الركراكي بذلك.

اللخمي: وفي كتب ابن أشرس عن مالك أنه إذا عين الأب للوصي ولم يجعل التزويج بقرب موته أنه لا يجبر. وقال: إذا قال الأب: إذا بلغت ابنتي فزوجها من فلان؛لم يجز ذلك إذا بلغت فكرهت.

الثاني: قال في المدونة بإثر الكلام المتقدم: ويزوج الولي الثيب برضاها وإن كره الوصي، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي. وليس كالأجنبي فيها، وليس لأحد أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصي إلا الأب وحده.

عياض: وذهب بعض المشايخ إلى أن هذه الثيب التي يجوز عليها عقد الولي دون الوصي إنما هي الرشيدة وأما المحجورة فكالبكر إلا أن رضاها بالقول دون الصمت.

وقد وقع هذا أيضاً نصاً لأصبغ في كتاب فضل، وابن مزين، ويحيى بن إسحاق قال: الأولياء في الثيب غير المولى عليها أولى بالبضع من الوصي، غير أنه إذا زوجها الوصي برضاها جاز ذلك على الأولياء - وإن كرهوا - وليس الوصي في ذلك كالأجنبي، وهو

ظاهر ما في النكاح الثاني والوصايا، ويعضده تشبيهه إياها بمسألة: إذا أنكح الأخ أخته الثيبَ بحضرة الأب وأجاز ذلك.

وقوله: ما للأب ولها واحتجاجه بها على هذه المسألة. وجعل فضل هذا خلافاً لما في الواضحة من أن الوصي يقوم مقام الأب، وأنه أولى بعقد إنكاحها من الإخوة والأعمام والعصبة والسلطان، وأنه أولى بإنكاح مولاة الموصي من ولد وغيره، وكذلك كل من كانت ولاية تزويجه إلى الموصي من البنات والأخوات والقرابات أبكاراً كن أو ثيبات فإنه يتنزَّل الوصي منزلته، وكلامه هذا بين في أنه أولى بإنكاح الجائزات الأمر لذكره الموالي والأخوات والقرابات وكل من كان للموصي إنكاحه. وذكر أنه قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين. وقال سحنون: ليس الوصي بولي للثيب الرشيدة. قال شيخنا أبو الوليد: هذا إذا قال الموصي فلان وصيي ولم يزد؛ يعني ولو قال: على إنكاح بناتي لكان أولى على كل حال. انتهى.

وهل يزوج الوصي كل من كان الموصي يزوجه؟ قال في البيان: إذا قال:فلان وصيي ولم يزد ففي تزويجه من لا ولاية له عليهن من قرابة الموصي ومولياته، ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له أن يزوجهن وهو أولى بذلك من الأولياء، وهو مذهب ابن القاسم وابن حبيب.

والثاني: مثله إلا أن الأولياء أحق بذلك منه، وهو قول أصبغ.

الثالث: أنه ليس له أن يزوج التي لا ولاية له عليها، وهو قول سحنون. وأما وصي المولى عليه باسمه من رجلٍ أو امرأة فلا تتعدى ولايته إلى غيره ممن إلى نظره، ولا يزوج أحداً من قرابة الموصي كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية له على واحدة منهن، ولا اختلاف في هذا [٢٨٠/ ب] غير أن ابن الهندي قال: إن زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد، وأما لو قال: فلان وصيي على بضع بناتي لكان ولياً لجميع بناته في النكاح وإن كن

مالكات أمور أنفسهن، وإن رشدت محجورته فإنه يزوجها كما كان أبوها يزوجها وهي مالكة أمر نفسها. انتهى.

فرع: قال في المتيطية: اختلف في وصي القاضي؛ فقال ابن حبيب: ولي النسب مقدم عليه؛ لأن ولي النسب مقدم على القاضي، فيكون مقدماً على مقدمه من باب أولى. وقال ابن حارث وإسحاق بن إبراهيم وابن السليم: وصي القاضي مقدم على ولي النسب؛ لأن القاضي لما قدم وصياً صار كالحكم والنظر فيما أغفله الأب من التقديم عليها فيتنزل منزلة وصي الأب.

وَقَالَ أَصْبَغُ: إِذَا قَالَ فِي مَرَضِهِ إِذَا مِتُّ فَقَدْ زَوَّجْتُ ابْنَتِي مِنْ فُلانٍ فَمُجْمَعٌ عَلَى إِجَازَتِهِ وهُوَ مِنْ وصَايَا الْمُسْلِمِينَ ....

قيد سحنون هذه المسألة بأن يقبل الزوج النكاح بقرب الموت. وقال يحيى بن عمر: سواء طال الأمر أو لم يطل. قال صاحب البيان: وهو ظاهر ما في العتبية. ونص ابن بشير على أن مذهب المدونة الصحة ولو حصل القبول بعد الطول، وأن قول سحنون خلاف.

وأشار في البيان إلى تخريج هذه المسألة على ما إذا زوجها بغير إذنها، ثم بلغها فرضيت فإنه يتخرج في هذه الثلاثة الأقوال المذكورة في النكاح الموقوف.

اللخمي وغيره: أما إذا قال: إذا مت فزوجوا ابنتي من فلان فهاهنا يجوز سواء رضيه فلان بالقرب أو لا؛ لأن النكاح في الأولى من الميت. ولولا الإجماع الذي نقله أصبغ، وإلا فالقياس المنع لأن المرض قد يطول فيتأخر القبول عن الإيجاب بالسنة ونحوها، وكأنهم لاحظوا أن المريض مضطر إلى ذلك، وكذلك اختلف في الصحيح. وإلى ذلك أشار بقوله:

وَفِي الصِّحَّةِ قَوْلانِ

المنع لابن القاسم، وأصبغ، وابن المواز، والإجازة لأشهب بناء على أنه نكاح مؤقت ولا ضرورة، أو هو جار مجرى الوصية؟

أصبغ: وإن في المرض لمغمز ولكن أهل العلم أجمعوا على إجازته.

صاحب البيان: وقول ابن القاسم أصوب لأنه إذا كان في الصحة فكأنه إلى أجل، ولعل ذلك يطول كالذي يقول إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان. وقول أَشْهَب عندي أحسن لأنه إذا حمله على الوصية فلا فرق بين الصحة والمرض في ذلك. انتهى.

فرع: واختلف فيمن قال إن فعلت كذا فقد زوجتك ابنتي؛ فلمالك في العتبية في القائل: إن أتيتني بخمسين ديناراً فقد زوجتك ابنتي: لا يعجبني هذا النكاح ولا تزويج له. ولأشهب في الموازية في الذي يقول للخاطب: إن فارقتك امرأتك فقد زوجتك ابنتي، أن النكاح يجوز؛ فجعله ينعقد بنفس الفراق. قال: ولو قال: إن فارقت امرأتك زوجتك، كانت عدة ولم يلزمه تزويجه، وأحب إلي أن يفي.

التونسي: والقياس أن يجبر على التزويج لأنه وعد أدخله بسببه في فراق زوجته كما لو قال: بع فرسك والثمن عليَّ، أو اهدم دارك وأنا أعطيك كذا، فإنه يلزمه ذلك.

قال في البيان: وهذا الخلاف عندي إذا أراد إن فعلت ذلك بالقرب، ولو قال: متى فارقت امرأتك لم يجز باتفاق.

وَبَقِيَّةُ الأَوْلِيَاء يُزَوِّجُونَ الْبَالِغَ خَاصَّةً، عَلَى الأَصَحِّ بِإِذْنِهَا وَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً

أي: ما عدا السيد والأب والوصي إنما يزوجون البكر البالغ خاصة لا غير البالغ، ومقابل الأصح سيأتي إن شاء الله تعالى في اليتيمة، ولهذا كان الأولى أن يسقط هنا قوله: (**عَلَى الأَصَحِّ**)، لأن ما يأتي يغني عنه قوله: (**وَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً**) يعني: أن السفيهة لا يسقط وجوب استئذانها لأنه إنما يمنع من النظر في المال، ولهذا لا يكون لوصي المرأة قيام فيما يتعلق بالضرر من زوجها إلا بتوكيل منها على ذلك.

فرع: هل لا يعقد الولي العقد إلا بتفويض من المرأة؟

قال فضل بن سلمة: لا بد أن يذكر في الصداق تفويض المرأة إلى الولي عند نكاحها إذا كان المزوج أخاً أو ولياً أو وكيل السلطان -ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم- بكراً كانت أو ثيباً. وأنكر ابن حبيب ذلك فيهما جميعاً، وقال: هو حق له قد استخلفه الله تعالى عليه، والولي أحق به منها.

المتيطي: وإذا قلنا بقول ابن القاسم فظاهر مذهب الموثقين أنه يكفي في تفويضها صماتها. وفي المنتقى في بعض توجيهاته أنها إذا أمرت وليها أن يزوجها لم يكن بد من نطقها. قال: وانظر إذا كانت غائبة عن موضع الولي والزوج وأرادت التفويض إليه فالظاهر أنه لا بد من نطقها ولا ينبغي أن يختلف في ذلك. انتهى.

وَيُسْتَحَبُّ إِعْلامُ الْبِكْرِ أَنَّ صَمْتَهَا إِذْنٌ مَرَّةً، وَقِيلَ: ثَلاثاً، فَإِنْ مُنِعَتْ لَمْ تُزَوَّجْ

إنما خصت البكر بالصمات لما يلحقها من الحياء بالنطق لئلا تنسب إذا نطقت بالميل إلى الرجال.

ابن رشد: وجه استئمار البكر في النكاح أن يقول لها الولي بحضرة الشهود: إني أزوجك من فلان فتسكت. قال صاحب الوثائق المجموعة وغيره: أو يقول لها ذلك الشهود، وصفة ذلك أن يقول لها الشهود أو أحدهم مرة - وقال ابن شعبان: ثلاثاً - إن فلاناً خطبك على صداق مبلغه كذا وكذا، المعجل منه كذا، والمؤجل [٢٨١/ أ] كذا؛ فإن كنت رضيت فاصمتي، وبصماتك يلزمك ذلك وبه يستدل على رضاك، وإن كنت كارهة فانطقي.

ابن الماجشون: ويطيلون المقام عندها قليلاً. قال في العتبية: ولا يسألها الشهود ولا الولي إذا سكتت هل رضيت أم لا ؟

قوله: (**يُسْتَحَبُّ**) أي: لو ترك لم يضر. **ابن عبد السلام**: وظاهر قول غير ابن القاسم في المدونة، وهو نص قول مالك من رواية ابن مسلمة أن ذلك واجب.انتهى. والذي في

البيان: روى محمد بن مسلمة عن مالك أنه ينبغي لهم أن يعلموها، إذ ليس كل بكر تعلم أن إذنها صماتها، وعلى هذه الرواية يأتي قول ابن القاسم في المدونة. وفي الباجي: بعد أن ذكر أن ظاهر قول غير ابن القاسم كما قال ابن عبد السلام غير أن أصحابنا حملوه على الاستحباب. **عياض**: وتردد أبو عمران في قول الغير هل هو وفاق أو خلاف؟ ونقل عن ابن سحنون أنه حمله على الخلاف، وإليه ذهب ابن بشير.

قوله: (**فَإِنْ مُنِعَتْ لَمْ تُزَوَّجْ**) هذا صحيح وإلا لم تكن فائدة في استئذانها، ويعلم منعها بالنطق وغيره.

ابن الجلاب: وإن نفرت أو بكت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على إنكارها لم يلزمها.

وفي الموازية أن بكاءها رضاً لاحتمال أن تكون بكت على فقد أبيها، وتقول في نفسها: لو كان أبي حياً لما احتجت إلى ذلك.

بعض الموثقين: وقعت هذه المسألة فحكم فيها بإمضاء النكاح، وأما إن ضحكت فذلك رضاً منها.

وَلَوْ قَالَتْ: مَا عَلِمْتُ أَنَّ الصَّمْتَ إِذْنٌ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ

لأنه مشتهر، ولعل مقابل الأصح مبني على وجوب إعلامها، وإلا فلو كان استئذانها مستحباً بلا خلاف لما صح أن تعذر بالجهل. واختار عبد الحميد أن ينظر إلى هذه الصبية، فإن علم منها البله، وقلة المعرفة قبل منها وإلا فلا.

فائدة: مسائل لا يعذر فيها الجهل؛ منها: هذه. **ومنها**: من أثبتت أن زوجها يضربها فتلوم له الحاكم ثم أحضره ليطلق عليه فادعى أنه وطئها سقط حقها ولو ادعت الجهل. **ومنها**: الأمة المعتقة إذا وطئها زوجها بعد عتقها وادعت الجهل بالحكم فإنه يسقط خيارها. **ومنها**: إذا وطئ المرتهن الأمة المرتهنة؛ فإنه يحدُّ ولا يعذر بجهالة. **ومنها**: من سرق ثوباً لا

يساوي ربع دينار وفيه ربع دينار. ومنها: من ملك زوجته فقضت بالبتة وادعى الجهل بحكم التمليك، فقيل له: يلزمك ما أوقعت. فقال: ما أردت إلا واحدة. ومنها: من وجب له على أبيه يمين أو حد فأخذه بذلك فلا تجوز شهادته ولا يعذر بالجهل. وقيل: لا تسقط بذلك شهادته.

ومنها: الذي يقطع الدنانير والدراهم، فلا تجوز شهادته ولو كان جاهلاً. ومنها: المرتهن يرد الرهن فتبطل حيازته ولا يعذر بالجهل.

ومنها: قول أصبغ في المظاهر يطأ قبل الكفارة أنه يعاقب ولا يعذر بجهل.

ومنها: من قذف عبداً فظهر أنه حر. ومنها: امرأة يغيب عنها زوجها فتنفق من ماله ثم يأتي نعيه فترد ما أنفقته من يوم الوفاة. ومنها: البيوع الفاسدة كلها حكم الجاهل فيها حكم العالم. ومنها: من ابتاع أحداً ممن يعتق عليه جهلاً فيعتق عليه ولا يعذر بجهل. ومنها: من دفع زكاته لكافر أو غني يظن الكافر مسلماً والغني فقيراً فلا يجزئه. ومنها: المظاهر يطأ امرأته في الصيام فيلزمه الابتداء ولا يعذر بجهل. ومنها: الشفيع يقوم بعد العام وهو عالم بالبيع وهو حاضر. ومنها: المطلقة يراجعها زوجها فتمكث حتى يطأها ثم تدعي أن عدتها قد كانت انقضت وتدعي الجهل في سكوتها.

ومنها: المرأة تزوج وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج ثم تنكر النكاح وتقول لم أرض به وتدعي الجهل. ومنها: الرجل يباع عليه ماله ويقبضه المشتري وهو حاضر لا يغير ولا ينكر ثم يقوم ويدعي أنه لم يرض ويدعي الجهل. ومنها: من حاز مال رجل المدة التي تكون الحيازة عاملة فيها وادعى أنه ابتاعه منه فإنه يصدق مع يمينه ولا يعذر صاحب المال إن ادعى الجهل. ومنها: البدوي يقر بالزنا أو الشرب ويقول: فعلت ذلك جهلاً. ومنها: من رأى حمل امرأته فلم ينكره ثم أراد أن ينفيه بعد ذلك. ومنها: من وطئ في اعتكافه وادعى الجهل فلا يعذر. ومنها: العبد يزني أو يشرب قبل علمه بعتقه فإنه

يحدُّ كالحر ولا يعذر بجهله. ومنها: كثير من مسائل الوضوء والصلاة والحج وكذلك أكل مال اليتيم، والمتصدي للفتوى بغير علم، والطبيب يقتل بمعاناته وهو جاهل بالطب.

ومنها: الشاهد يخطئ في شهادته في الأموال والحدود. ومنها: ما في الواضحة فيمن باع جارية وقال كان لها زوج فطلقها أو مات عنها، وقالت ذلك الجارية، لم يجز للمشتري أن يطأ ولا يزوج حتى تشهد البينة على الطَّلاق أو الوفاة، وإن أراد ردها وادعى أن قول البائع والجارية في ذلك مقبول لم يكن له ذلك وإن كان ممن يجهل معرفة ذلك. ومنها ما قاله أصبغ فيمن اشترى نصرانية فأعتقها في الكفارة أنها لا تجزئه ولا يعذر بالجهل. ومنها: الغريم يعتق بحضرة غرمائه فيسكتون ولا ينكرون ذلك ثم يريدون القيام ويدعون الجهل.

ومنها: الرجل يبيع [٢٨١/ ب] العبد على الخيار ويتركه بيد المبتاع حتى يطول الأمر بعد انقضاء أيام الخيار. ومنها: الشاهدان يريان الفرج يستحل والحر يستخدم فيسكتان ولا يقومان بشهادتهما، ثم يقومان ويدعيان الجهل فلا تقبل شهادتهما. ومنها: ما في سماع عيسى في كتاب التخيير في الذي يُمَلِّك امرأته أمرها فتقول: قبلت؛ ثم تصالحه بعد ذلك قبل أن تسأل ما قبلت، ثم تقول: كنت أردت ثلاثاً لترجع فيما صالحت به أنها لا ترجع بشيء على الزوج، لأنها حين صالحت علمنا أنها لم تطلق ثلاثاً ولا تعذر بالجهل. ومنها: المخيرة تقضي بواحدة ثم تريد أن تختار بعد ذلك، وتقول: جهلت وظننت أن لي أن أختار واحدة. ومنها: التي يقول لها زوجها: إن غبت عنك أكثر من ستة أشهر فأمرك بيدك، فيغيب عنها أو تقيم بعد الستة المدة الطويلة من غير أن تشهد أنها على حقها ثم تريد أن تقضي وتقول جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى شئت. ومنها: الرجل يجعل أمر امرأته بيد أجنبي فلا يقضي المملك حتى يطأها ثم تريد أن تقضي، ويقول: جهلت وظننت أن ذلك لا يقطع ما كان لي. ومنها: المملكة والمخيرة يملكها زوجها ويخيرها فلا تقضي حتى ينقضي المجلس على أول قول مالك ثم تريد أن تقضي بعدُ، والله أعلم.

وَالْبُلُوغُ بِالاحْتِلامِ أَوِ بِالإِنْبَاتِ أَوْ السِّنِّ وَهِيَ ثَمَانِ عَشْرَةَ، وَقِيلَ: خَمْسَ عَشْرَةَ، وتَزِيدُ الأُنْثَى بِالْحَيْضِ والْحَمْلِ ....

حاصله أن للبلوغ خمس علامات، منها ثلاث يشترك فيها الذكور والإناث، ومنها اثنتان تختصان بالأنثى. وما ذكره من العلامات متفق عليه إلا الإنبات، ففي اللخمي: اختلف في البكر تشارف البلوغ، فقال ابن القاسم: لا بأس إذا جرت عليه المواسي أن تزوج برضاها، وقال مرة: لا تزوج حتى تبلغ. ونحوه لابن يونس. وعلى المنع فهل يفسخ مطلقاً؟ وهو قول ابن حبيب، أو لا يفسخ؟

ابن عبد السلام: اضطرب المذهب في اعتبار الإنبات كثيراً. وقال بعض متقدمي أصحابنا أنه يعتبر في الأحكام التي بين العباد كالقصاص وما ينظر فيه الحاكم من الحدود، ولا يعتبر فيما لا ينظر فيه القضاة كالصلاة والحج فيقتل من أنبت إن قتل، ولا يؤمر بحج ولا صيام. وقال بعض الشيوخ: إن هذا متفق عليه. أعني ما ذكروه في الأحكام التي بينه وبين الله تعالى. وإنما الخلاف في القسم الآخر، ويرى صاحب هذا القول أن ما جاء من الأمر بقتل من جرت عليه المواسي لا يتعدى إلى غيره من الأحكام التي بين العبد وربه تعالى، والمشهور في السن ما قدمه. والقول بالخمس عشرة لابن وهب، ولا فرق في هذا الفصل بين الذكر والأنثى.

وَرَجَعَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ لا تُزَوَّجُ الْيَتِيمَةُ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَعَنْهُ: إِنْ دَعَتْ حَاجَةٌ - ومِثْلُهَا يُوطَأُ - جَازَ، وقِيلَ: تُزَوَّجُ ولَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ. وقَالَ ابْنُ بَشِيرٍ: اتَّفَقَ الْمُتَأَخِّرُونَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِذَا خِيفَ عَلَيهَا الْفَسَادُ....

(**الْيَتِيمَةُ**) من لا أب لها، والرواية المشهورة أنها لا تزوج إلا بعد البلوغ.

قال الأستاذ أبو بكر: وهو المذهب الصحيح. وقال القاضي أبو محمد: هو أظهر الأقوال وأصح الروايات، والذي يفتى به، وإليه رجع مالك.

اللخمي: وقال مالك في الموازية في صبية بنت عشر سنين ذات حاجة تتكفف الناس: لا بأس أن تزوج برضاها وإن كانت صغيرة لم تنبت. فأباح أن تزوج للحاجة، وهو أحسن، وإليه أشار بقوله: (**وَعَنْهُ: إِنْ دَعَتْ حَاجَةٌ وَمِثْلُهَا يُوطَأُ جَازَ**).

وفي المتيطية: وروى محمد بن عبد الحكم عن مالك: أنه رجع عما في الموازية إلى الرواية الأولى، وحكى ابن الجلاب فيه ثلاثة روايات: هاتين الروايتين، والثالثة: أن النكاح جائز ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإمضائه. وجعل ابن بشير هذا الخلاف يجري في غير المميزة إذا احتاجت.

قال في البيان: ولا يجوز تزويج اليتيمة المميزة لمصالحها كارهةً اتفاقاً.

وقوله: (**وَقِيلَ: تُزَوَّجُ وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ**) ظاهره أنه يجوز الإقدام على ذلك، وبه صرح ابن بشير، وهو قريب من الرواية التي حكى ابن الجلاب، وفي هذا القول نظر؛ لأن الخيار عندنا مناف لصحة عقد النكاح، وما حكاه المصنف عن ابن بشير، قال ابن عبد السلام: العمل عندنا ببلدنا اليوم هو الذي عليه بشرط بلوغها عشر سنين ومشاورة القاضي. قال غيره: وتأذن بالقول ويكون لها ميل إلى الرجال.

قال في المتيطية: وبه جرى العمل عند الموثقين وانعقدت به الفتوى. وذكر عياض أن الحذاق على الإجبار متى خيف عليها الفساد وإن كانت ثيباً.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ يُفْسَخُ وَإِنْ دَخَلَ

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (ما لم يدخل) وهو كذلك في ابن شاس لأنه قال: وإذا فرعنا على الرواية الصحيحة فزوجت فروي: يفسخ النكاح ولا يقران عليه وإن بلغت ما لم يدخل. وقيل: ينظر فيه الحاكم، فإن رآه صواباً أمضاه وإلا فسخه. وقيل: الخيار لها، فإن رضيت مضى، وإلا فسخ. وإنما يكون ذلك بعد بلوغها.

ابن عبد السلام: النسخة [٢٨٢/ أ] الأولى هي الصحيحة، فإن ابن حبيب نقل عن مالك وأصحابه أنه يفسخ وإن ولدت أولاداً ورضيت بزوجها، وقيل: يفرق بينهما ما لم يطل بعد الدخول.

قال أصبغ متمماً لهذا القول: ما لم يطل وتلد أولاداً، ولم ير الولد الواحد والسنتين بعد ذلك طولاً. وفي المتيطية: المشهور إذا زوجت وكانت غنية أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل بعد الدخول، ثم ذكر ما رواه ابن حبيب.

وعلى هذا فتكون نسخة (**وَإِنْ دَخَلَ**) مقيدة بما إذا لم يطل، ويكون قوله في النسخة الثانية: (ما لم يدخل) يريد ويطول بعد الدخول. قال في البيان: وقال: ابن القاسم لا يفسخ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾[النساء:٣] معناه: لا تعدلوا في تزويجهن، وهو دليل جواز العقد عليهن قبل البلوغ، إذ البالغ لا يقال له يتيم. قال: وقيل: تخير إذا بلغت ما لم يطل الأمر بعد الدخول لأنه حق لها. وقال مالك: يكره، فإن وقع لم يفسخ.

وَإِنْ تَقَدَّمَ الْعَقْدُ عَلَى الإِذْنِ فَثَالِثُهَا: الْمَشْهُورُ: إِنْ تَعَقَّبَهُ قَرِيباً صَحَّ

معناه: إذا عقد ولي على امرأة نكاحاً قبل أن تأذن ثم بلغها ذلك فرضيت ففي ذلك ثلاثة أقوال، وهي أيضا فيمن زوج ابنه البالغ ثم بلغه ذلك فرضي، نص على ذلك اللَّخْمِيّ، أما إن لم ترض فلا إشكال في عدم اللزوم. والثلاثة الأقوال لمالك، الإجازة مطلقاً في الموازية، والمنع مطلقاً حكاه الجلاب، والمشهور مذهب المدونة، والضمير في (**تَعَقَّبَهُ**) عائد على العقد، والضمير المستتر عائد على الإذن.

واختلفت طرق الشيوخ في هذه المسألة، فحكى ابن زرقون الثلاثة كالمصنف، وذكر في التنبيهات عن بعضهم أن الخلاف إنما هو في البعد.

وقال في البيان: إنما اختلف في القرب وأما مع البعد فلا يجوز النكاح، وإن أجازه باتفاق إلا على تأويل التونسي؛ فإنه تأول أنه لا فرق على أحد قولي مالك بين القرب والبعد، وعلى هذا فيكون في المسألة ثلاثة أقوال. انتهى.

وجعل الباجي المسألة على وجهين: **أحدهما**: أن يكون موقوفاً من الطرفين. **والثاني**: أن يكون موقوفاً من طرف واحد. وحكى في الموقوف من طرفين قولين: الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً. قال: وهو الصحيح عندي. وقد اختاره ابن القصار، قال: وأما الموقوف أحد طرفيه على الآخر، ففي كراهة ما قرب منه قولان، وما بعُد قولان: الجواز والإبطال. وعلى المنع فعن ابن القاسم: يفسخ قبل، ويثبت بعد؛ لأن جل الناس على إجازته.

قال في البيان: واختاره محمد، وفي سماع عيسى عن ابن القاسم: يفسخ ما لم يطل بعد الدخول. وقال أصبغ: يفسخ أبداً وإن طال. وقال أصبغ أيضاً: يؤمرون بالفسخ من غير حكم لاختلاف العلماء فيه. وهذا ما لم يعترف الولي بالافتيات حال العقد، أو يدعي الوكالة؛ فإن اعترف بالافتيات عند العقد فسخ النكاح أبداً اتفاقاً، وإن ادعى الوكالة حال العقد ووافقته الزوجة صح النكاح اتفاقاً. واختلف إذا أنكرت، فقيل: تحلف، وإن نكلت لزمها النكاح. وقيل: تحلف، وإن نكلت لم يلزمها النكاح. واليمين على هذا إنما هي استظهار لعلها تعترف بالوكالة، وقيل: لا يمين عليها. وأما حد القرب، فقال في المدونة: وإن كانت بغير البلد أو فيه وتأخر إعلامها لم يجز وإن رضيت. وهذا قول مالك وأصحابه ونحوه لعيسى لأنه حد القرب بأن يعقد في السوق أو في المسجد ثم يسار إليها بالخبر من ساعته، ونحوه روي ابن حبيب عن مالك أنه اشترط ثلاثة شروط، فقال: إن كان الرضا بقرب تزويجه وكانت معه في البلد والموضع قريب جاز، وإن كانت بغير البلد أو كانت بعيدة وإن جمعهما البلد أو تباعد ما بين تزويجه ورضاها وإن كانا بموضع واحد فلا يجوز. وقال أصبغ وسحنون: اليوم واليومان قريب، والخمسة كثيرة. وجعل مالك اليوم في رواية

ابن حبيب من حيز الكثير، وعن سحنون: ما بين مصر والقلزم قريب، وما بين مصر والإسكندرية أو أسوان بعيد.

اللخمي: ولا أعلم له وجهاً إلا أن يقول أن الخيار إلى يوم أو يومين جائز.

واعلم أنه إنما يجوز على المشهور بالقرب إذا لم تصرح قبل ذلك بالرد، وأما إن قالت: ما وكلته ولا أرضى. ثم رضيت فلا يجوز، نص عليه في المدونة والموازية، زاد في الموازية عن مالك: وإن أقرت بعد ذلك بوكالته وأنها كانت راضية فلا يجوز ولا يثبت إلا بنكاح جديد.

وَالصُّمَاتُ هُنَا لَغْوٌ

يعني: إذا رضيت بالنكاح في هذه المسألة فلا يشهد عليها إلا من يسمع نطقها، ولا يكون سكوتها هنا رضا لأن الولي لما تعدى عليها افتقرت إلى التصريح برفع العداء، وهو مذهب المدونة، وقيل: يكتفى منها أيضا ها هنا بالصمات.

فائدة: هذه إحدى سبع أبكار لا يكون رضاهن إلا بالنطق، ذكرها الموثقون. **والثانية**: المَرَشَّدة كان الأب أو ولي. **الثالثة**: المعَنَّسة، هكذا أطلق ابن راشد القول في المعنسة. وقال الباجي والغرناطي وابن عبد السلام: اليتيمة المعنسة، وقد تقدم فيها خلاف. **الرابعة**: [٢٨٢/ ب] اليتيمة تزوج لعبد أو من فيه عقد حرية أو لذي عيب إذ ذاك عيب تدخل عليه ويلزمها. **الخامسة**: التي عضلها وليها فرفعت أمرها إلى الحاكم. **السادسة**: اليتيمة الصغيرة المحتاجة، ذكرها الغرناطي. **السابعة**: اليتيمة إذا سيق لها مال نسبت معرفته إليها إذا لم يكن لها وصي.

المتيطي: وحكى ابن لبابة وابن العطار عن كثير من شيوخنا أنه إن كان صداقها عرضاً فلا بد من نطقها لأنها بائعة مشترية، والشراء لا يلزم بالصمت فلا بد من نطقها لأن الولي إنما له عوض البضع لا الشراء، ثم حصل فيها ثلاثة أقوال: فرق في الثالث بين العرض فلا بد من نطقها، وبين العين فيكتفى بالصمت.

فَإِنْ أَقَرَّتْ بِالإِذْنِ، وَقَالَتْ: لَمْ يزوجني صُدِّقَ الْوَكِيلُ إِنِ ادَّعَاهُ الزَّوْجُ كَوَكِيلِ الْبَيْعِ

تصوره ظاهر لأن كلا من الزوجة وصاحب السلعة مقر بالإذن، والوكيل قائم مقامهما، ولا يكلف إقامة البينة على إقامة النكاح والبيع. ابن بشير: ويختلف إذا عزلته، وقالت: لم يعقد إلا بعد العزل وادعى هو العقد قبله.

وَقَالَ مَالِكٌ: وَتَكْشِفُ مَنْ لا تُعْرَفُ لِمَنْ يَشْهَدُ عَلَى رُؤْيَتِهَا

يعني: أن المرأة إذا شهد عليها الشهود في النكاح- وفي معناه سائر الحقوق- فإن كان الشهود يعرفونها بالعين والاسم والنسب شهدوا عليها ولا يحتاجون إلى النظر إليها، وإلا فلا بد من نظرها، ويحتاج في ذلك إلى أن يكتب من صفاتها في الوثيقة ما تعرف بها، ولا يقول في نص الوثيقة: من يعرفها باسمها، ولكن يقول من يعرفها بعينها. ولهذا قال في البيان: وينبغي إن وجد من العدول من يعرفها فلا يشهد عليها من لا يعرفها، قال: ولا يصح لمن يشهد عليها أن يشهد غيره على شهادته أن فلانة بنت فلان أشهدتهم بالرضا بالنكاح لاحتمال ألا تكون هي التي أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزمه نكاح ولم ترض به ولا أشهدت به على نفسها؛ لأن إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند الحاكم، قال: وأما عند الأداء فلا يحل للشاهد أن يشهد بالإجماع إلا على من يعرف أنه هو الذي أشهده دون شك. انتهى. قال بعضهم: وإذا حضر عقد النكاح من يعرف المشهدين، ومن لا يعرفهم كان لمن لا يعرف أن يشهد، ولا يلزمه أن يبين ما يلزمه لو انفرد، قال: وبه جرى العمل عندهم. وفيه نظر.

فرع: يجوز النظر للشابة الأجنبية الحرة في ثلاثة مواضع: للشاهد، وللطبيب ونحوه وللخاطب، وروي عن مالك عدم جوازه للخاطب، ولا يجوز لتعلم علم ولا غيره. قالوا: ولا يباح للخاطب أن ينظر إليها إلا إلى وجهها وكفيها.

ويحتاج في ذلك إلى إذنها في رواية ابن القاسم، وكره فيها أن يستغفلها، وروى محمد بن يحيى: لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها. قال في البيان: يحتمل أن ينظر إليها مستغفلة إذا علم أن عليها ثيابها، ويحتمل أن ينظر إليها بعد إعلامها.

ابن العربي: وينظر إلى المخطوبة قبل العقد لما في أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل**».

فَإِنْ أَذِنَتْ وَلَمْ تُعَيِّنْ الزَّوْجَ فَفِي وُقُوفِهِ عَلَى إِجَازَتِهَا قَوْلانِ، إِلا مِنْ نَفْسِهِ فَيَقِفُ عَلَيْهَا

القولان في المدونة، ففيها: قال مالك: وإن قالت امرأة لوليها زوجني ممن أحببت، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجها منه، ولها أن تجيز أو ترد، وقد قال عبد الرحمن: إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه، وإن زوجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت جاز.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن لأنها وكالة على ما يجوز بيعه، فأشبهت الوكالة على غير ذلك من البياعات وقياساً على توكيل الزوج إذا لم يعين المرأة ولا أعلمهم يختلفون أن ذلك يلزمه. ويمكن أن يفرق بين الرجل والمرأة بأن الرجل قادر على الطَّلاق. واختلفت طرق الشيوخ إذا زوجها من نفسه؛ ففي البيان: لا يلزمها إلا أن تشاء باتفاق. وحكى اللَّخْمِيّ عن ابن القصار اللزوم. وبنى ابن بشير ذلك على الخلاف بين الأصوليين، هل يدخل المخاطب تحت الخاطب أم لا؟ قال: وكذلك اختلف في البيع هل له أن يبيع من نفسه أم لا؟ والمشهور ليس له ذلك. وقد يقال بعدم دخول المخاطب هنا، ولو قلنا أن المخاطب يدخل تحت الخطاب لأن القرينة العرفية هنا تخالفه. وإذا فرعنا على المنع فهل له أن يزوجها ممن هو في ولايته كابنه ويتيمه ؟ أجراه اللَّخْمِيّ على الخلاف في الوكيل على البيع فيبيع لولده، فرده ابن القاسم وإن لم تكن فيه محاباة، وأجازه سحنون.

وقوله: **(لَمْ تُعَيِّنْ)** أي: وأما إن عينت الزوج فإنه يجوز باتفاق إذا وقف على إجازتها، ففي البيان: لها الرضا قرُب الأمد أو بعد. وقال ابن حبيب: إنما يجوز ذلك إذا كان بحدثان العقد، وأما إن لم يكن بحدثانه فليس لها الرضا إلا بنكاح جديد بعد فسخ الأول على قياس المشهور في الولي يزوج وليته الغائبة ثم ترضى، وليس بصحيح لأنهما [٢٨٣/ أ] مسألتان.

وَيَجِبُ عَلَى الْوَلِيِّ تَزْوِيجُ الْبَالِغِ إِذَا دَعَتْ إِلَى كُفْءٍ مُعَيَّنٍ فَإِنْ عَضَلَهَا أَمَرَ فَإِنِ امْتَنَعَ زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ ....

لأنه لو لم يجب عليه تزويجها مع كونها مضطرة إلى عقده إذ ليس لها أن تعقد كان ذلك من أعظم الضرر بها. قال صاحب العمدة: ويعقد السلطان لأنه كالحاكم عليه، وإن شاء رده إلى غير العاضل فصرح بأنها تنتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد، وكذلك هو ظاهر كلامهم.

والعضل: المنع من التزويج، يقال: عضل يعضل ويعضل عضلاً.

ابن راشد: ولو عين الولي كفئاً غير الكفء الذي عينته فالأمر في ذلك إليها.

ابن القاسم: ولو رفعت أمرها إلى القاضي فلا يزوجها حتى يسألها هل لها ولي؟ فإن ثبت عنده أنها لا ولي لها من جيرانها وغيرهم زوَّجها، وإن كان لها ولي فلا يزوجها حتى يدعوه، وإن امتنع من إنكاحها سأله عن وجه امتناعه، فإن رآه صواباً ردها إليه صاغرة ولم يجبره على إنكاحها ممن كره. وإن رآه ضرراً وكل من يزوجها بعد أن يثبت عنده من أمرها ما يجب.

ابن أبي زمنين وابن العطار: وبه جرى العمل واستمر الحكم.

وَعَضْلُ الأَبِ فِي الْبِكْرِ لا يَتَحَقَّقُ بِرَدِّ خَاطِبٍ أَوْ خَاطِبَيْنِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ ضَرَرُهُ

نحوه في المدونة، زاد فيها: وإذا تبين ضرره قال له الإمام: إما أن تزوجها أو زوجناها عليك؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **«لا ضرر ولا ضرار»**، وخص الوالد بهذا الحكم لما جبل عليه من الحنان والشفقة ولجهلها بمصالح نفسها، فربما علم منها ما لا يحسن به حالها مع هذا الخاطب أو علم من حال الخاطب ذلك.

وقال أبو الفرج: هو عاضل برد أول خاطب. وقال ابن حبيب: ليس للسلطان أن يتسور عليه في ابنته وإن طلبت ذلك الابنة، وقد منع مالك بناته من النكاح وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل ذلك العلماء قبله وبعده. والظاهر أن قوله ليس بخلاف للمذهب؛ لأنه شرط في المذهب أن يتبين الضرر. وليس في كلام ابن حبيب ذلك، بل استشهاده بفعل مالك وغيره من العلماء ويبين ذلك لأنهم لا يقصدون الضرر فضلاً عن أن تبين ذلك منهم. لكن حمل اللَّخْمِيّ وصاحب البيان وغيرهما قول ابن حبيب على الخلاف. وقال اللخمي: إن كان الأب من أهل العلم والصلاح لم يعرض له وإن لم يكن سئل الجيران، فإن لم يكن عذر زوجت.

تنبيهان: **الأول**: المزوج مع عضل الأب الحاكم بلا إشكال، نص عليه المتيطي وغيره، وهو مما يبين أنه إذا امتنع الولي الأقرب ينتقل إلى الحاكم لا إلى الأبعد.

الثاني: قوله في المدونة حتى يتبين ضرره يقتضي أنه إذا جهل أمره لم تزوج عليه. وكذلك قال في أحكام ابن زياد: في الثيب إذا قالت: عضلني أبي لغير عذر. وقال الأب: لعذر. القول قوله، وعلى الثيب إثبات ما ادعت.

وَإِذَا كَانَ أولياء فِي دَرَجَةٍ فَبَادَرَ أَحَدُهُمْ صَحَّ، وَإِنْ تَنَازَعُوا فَأَفْضَلُهُمْ ثُمَّ أَسَنُّهُمْ، فَإِنْ تَسَاوَوْا عَقَدُوا جَمِيعاً....

لا إشكال في الصحة مع مبادرة أحدهم لكن لا يقدم على ذلك ابتداء، فقد روى ابن وهب عن مالك في امرأة لها وليان في درجة غاب أحدهما فزوجها الحاضر برضاها: لم يكن للغائب كلام، وإن كانا حاضرين ففوضت لأحدهما لم يزوجها إلا بإذن صاحبه؛ فإن اختلفا في ذلك نظر السلطان فأجاز رأي أحسنهما نظراً لها، ذكره صاحب الكافي والمتيطي وغيرهما، لكن مقتضى قوله في المدونة: وإنما الذي لا ينبغي لبعض الأولياء أن ينكح وثم

من هو أولى منه؛ لأن تقديم الأقرب على الأبعد إنما هو من باب الأولى، وأن لبعض الأولياء إذا كانوا في درجة أن يزوج ابتداء بغير إذن الباقين.

ونقل عياض عن بعض البغداديين أنهم أجازوا إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب ابتداءً من غير كراهة.

قوله (**فِي دَرَجَةٍ**) أي: كإخوة وأعمام. وما ذكره المصنف من أنه يقدم بالفضل ثم بالسن وأنهم إن تساووا في الفضل والسن عقدوا جميعاً هو لمالك عند ابن حبيب، والذي رواه ابن القاسم وهو مذهب المدونة عند اللَّخْمِيّ والباجي وعبد الحميد وغيرهم أنه ينظر السلطان؛ لأن فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في القعدد سواء نظر السلطان في ذلك. ففهموا منها العموم.

ابن بشير: وقال سحنون: معناه في الأوصياء، وأما الأولياء فمن قدمته المرأة فهو أحق.

خليل: وفيه نظر؛ لأن سحنون إنما نص على أن ذلك في الأوصياء فقط ولم يتعرض للأولياء، وإنما قال أن المرأة تخير فيمن يتولى العقد عليها بعض القرويين على ما نقله الباجي وابن زرقون وغيرهما، ونقل عبد الحميد عن المغيرة أنه يقرع بين الأولياء إذا تساووا.

وفي الكافي: وإذا تساووا في الدرجة والفضل، وتشَّاحوا نظر الحاكم في ذلك فما رآه سداداً ونظراً أنفذه وعقده، أو رده إلى من يعقده منهم. وقد قيل: يأمر أحدهم بالعقد ولا يعقده هو مع ولي حاضر.

ابن راشد: والأول تحصيل المذهب لقوله صلى الله عليه وسلم في الأولياء: «**فإن اشتجروا فالسلطان ولي [٢٨٣/ ب] من لا ولي له**».

فَإِنِ اخْتَلَفُوا فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ

أي: في تعيين الزوج. فقال بعضهم: لهذا. وقال الآخرون: بل لهذا. وأما الأولى

فالاختلاف فيها فيمن يلي العقد مع الاتفاق على الزوج. قال ابن عبد السلام: وهو فهم حسن من المؤلف للمدونة في المسألة التي قال فيها: وإذا اختلف الأولياء وهم في العقد سواء. انتهى.

وهو حسن إن ساعدته الأنقال، وقد قال ابن سعدون: إن قوله في المدونة: اختلفوا، يحتمل أن يكون فيمن يلي الإنكاح أو في الزوج.

وَفِيهَا: وَإِذَا أَذِنَتْ لِوَلِيَّيْنِ فَعَقَدَا عَلَى شَخْصَيْنِ فَدَخَلَ الثَّانِي وَلَمْ يَعْلَمْ فَهِيَ لَهُ. حَكَمَ بِذَلِكَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ بحضرة الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ وَلَمْ يُنْكِرُوا، وَمُعَاوِيَةُ لِلْحَسَنِ على ابنِهِ يَزِيدَ وَلَمْ ينكروا. وَقَالَ ابْنُ عبد الْحَكَمِ: السَّابِقُ بِالْعَقْدِ أَوْلَى...

نسبها للمدونة لإشكالها حكماً وتصويراً، وللإرشاد إلى الاستعانة على فهمها بشروحات المدونة، أما إشكالها حكماً فلأنه حكم بها للثاني مع أنها زوجة لغيره، وعدم العلم لا يمنع من كونها متزوجة، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٢٤]، ولهذا ذكر عمر ومعاوية رضي الله تعالى عنهما إشارة إلى دليل المسألة، وإلا فليس عادة المصنف ذكر الأدلة، وبقول ابن عبد الحكم قال المغيرة وابن مسلمة، ورواه حمديس عن مالك، وهو اختيار ابن لبابة وهو أقيس، وهو قول الشافعي وأكثر العلماء، وحكى عبد الوهاب مثل المشهور عن علي رضي الله تعالى عنه والحسن.

قال في الجواهر: وبه قال ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء ومكحول وغيرهم.

فإن قلت: لا يحتج بهذا على الشافعي لأنه لا يرى مذهب الصحابي حجة. **قيل:** هذا ليس هو مذهب الصحابي فقط بل هو إجماع سكوتي، وهو حجة على المختار، وهو أحد قولي الشافعي، وله قول آخر: أنه ليس إجماعاً ولا حجة. وبيان رجحان الأول في علم الأصول.

ودليلنا من جهة القياس أنه قد أجمع على أن من اشترى شقصاً من أرض أن للشريك نقض البيع والأخذ بالشفعة لأجل الضرر الداخل عليه.

وإذا كانت العلة في إبطال عقد المشتري إنما هو ما يلحق الشريك من الضرر لزم أن يكون كذلك في مسألتنا من باب أولى للتطلع على العورات، وفي تغريم الزوج الثاني الصداق وفراقه ممن ذاق عسيلتها ضرر بيّن. ثم إن المضرة في مسألتنا واقعة وهي في مسألة الشفعة متوقعة، وأجرى اللَّخْمِيّ الخلاف على الخلاف في الفسخ هل ذلك من الآن أو من البلوغ؟

فمن قال: من البلوغ. حكم بها للثاني، لأنه نكاح بوكالة، ومن قال بالأول قال: الأول أحق لأن عقد الأول نسخ لوكالة من لم يعقد، فإن قلت: كيف الجواب عما رواه أبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول**» قيل: الجواب حمله على عدم دخول الثاني جمعاً بين الأدلة.

وأما إشكالها تصويراً فلأنها فوضت إلى وليها، وقد علمت أن أشهر القولين في ذلك أنه لا يعقد عليها النكاح حتى يعين لها الزوج، وإذا فعل ذلك تعين الأول. ويجاب عنه باحتمال أن تكون فوضت إليهما في رجلين معينين أو لما عين لها الثاني نسيت الأول لا سيما إذا بعُد ما بين العقدين ولا إشكال إذا لم يدخل الثاني في فسخ نكاحه. محمد: بغير طلاق.

تنبيه:

ألحق مالك في الواضحة تلذذ الثاني بوطئه في الفوات، وأورد على المشهور أن من وكل رجلين فزوجه كل منهما امرأة وله ثلاث نسوة، فقد قالوا: إن نكاح الأولى هو الصحيح ويفسخ نكاح الثانية، ولو دخل بها وفرق بأن الحاجة داعية في المرأة إلى التوكيل لأنها لا تستقل بعقد النكاح فناسب ألا يفسخ نكاحها بخلاف الرجل فإنه قادر على أن يتولى الزواج بنفسه. ورده صاحب الاستلحاق؛ لأنه لو صح لاطرد، فيلزم ألا يعذر مالك السلعة إذا وكل على بيعها، ثم تولى هو بيعها مع أن المشهور إمضاء البيع.

الثاني: إن اتصل به القبض. **ابن بشير**: وفرق المغيرة بين البيع والنكاح، فقال: الثاني أحق في النكاح لا البيع. وأكثر الشيوخ لا يفرقون في هذه المسألة بين أن تفوض لوليين معاً أو لأحدهما بعد الآخر. وقال الباجي: إن فوضت لأحدهما بعد الآخر فالنكاح للأول ويفسخ نكاح الثاني ولو دخل.

أَمَّا لَوْ دَخَلَ بَعْدَ عِلْمِهِ لَمْ يَنْفَعْهُ الدُّخُولُ وَكَانَتْ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا

يعني: أن من شرط كونها للثاني أن يدخل وهو غير عالم بالأول لتقوى شبهته، وأما لو دخل بعد علمه أنه ثان فلا، وهذا بين إن قامت بينة الآن على أنه كان عالماً، وإن لم يعلم إلا من قوله فقال ابن يونس وصاحب اللباب: يفسخ نكاحه بطلقة بائنة ولها الصداق كاملاً.

قال في المقدمات: وهو الصحيح. وقال عبد الملك: يفسخ بغير طلاق. وانظر على قول عبد الملك هل ترد للأول؟ محمد: ولو أقر المزوج آخراً وهو الأب أو الوكيل أنه كان عالماً [٢٨٤/ أ] بتزويج الأول لم يصدق على الزوج إلا أن تشهد بينة على إقراره بالعلم قبل العقد من الثاني فيفسخ بغير طلاق.

وَإِنْ كَانَ مُطَلِّقاً بَعْدَهُ أَوْ مَيِّتاً بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ وَلَمْ تَنْقَضِ الْعِدَّةُ فَكَذَلِكَ

يعني: أن الثاني إذا دخل عالماً لا يفيده ولو كان الأول مطلقاً بعده، أي: بعد دخول الثاني، فإن تطليق الأول لا يصحح نكاح الثاني لعلمه بأنه ثان. وكذلك لو مات الأول بعد دخول الثاني أو قبل دخول الثاني بشرط عدم انقضاء عدة الأول؛ لأن الثاني حينئذ ناكح في عدة، وحينئذ تحرم عليه على التأبيد لما سيأتي.

وفي كلامه نظر؛ لأنه يقتضي أنه إن دخل الثاني بعد انقضاء العدة أنه لا يفسخ، وليس بظاهر لأن المقتضي للفسخ علمه بالأول. ولو كان دخوله بعد انقضاء العدة مصححاً لزم أن يكون كذلك إذا طلقها الأول قبل دخول الثاني، لأن الأول طلقها قبل البناء فلا عدة عليها.

وقد نص صاحب العمدة على أنه لا يفيده. وعلى هذا التقدير الذي ذكرناه، فإن (**إِنْ**) من قوله: (**وَإِنْ كَانَ مُطَلِّقاً**) بمعنى لو واسم كان عائد على الزوج الأول، والضمير في قوله: (**بَعْدَهُ أَوْ قَبْلَهُ**) عائد على دخول الثاني. ووقع في بعض النسخ بزيادة (**فَكَذَلِكَ**) بإثر الكلام المتقدم (**فإن**) على هذا هي شرطية وجوابها: قوله: (**فَكَذَلِكَ**) ويكون هذا الكلام ابتداء مسألة، ويكون المعنى أنه: ولو كان الزوج الأول مطلقاً بعد دخول الثاني أو ميتاً بعد دخوله أو قبل دخوله، ولم تنقض عدتها من الأول حتى دخل الثاني (**فَكَذَلِكَ**)أي: فتكون للثاني.وهذه النسخة أحسن لأن ابن المواز ذكرها كذلك، وتكلم الشيوخ عليها، فحمل كلام المصنف عليها أولى، ففي ابن يونس: قيل لابن المواز: فإن مات الأول منهما، أو طلق قبل أن يدخل الآخر، ثم دخل بها الآخر بعد موته أو بعد طلاقه؟ قال: فإن لم يعلم بذلك حتى دخل ثبت نكاحه كما لو دخل بها والأول حي لم يمت، ولم يطلق، ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه.

وفي المقدمات: إن عثر على ذلك بعد دخول الثاني وقد كان الأول مات أو طلق، فلا يخلو إما أن يكون عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه، أو يكون عقد ودخل بعد موته أو طلاقه.

فأما إن كان عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه فينفذ نكاحه بمنزلة الذي لم يمت ولا طلق على مذهب ابن القاسم.

وأما إذا عقد ودخل بعد موت الأول أو طلاقه فهو في الموت متزوج في عدة، فيفسخ نكاحه وترث زوجها الأول، وفي الطَّلاق نكاحه صحيح لأنه في غير عدة. وقال ابن الماجشون: إن كان الذي زوجها منه آخراً بعد طلاق الأول هو الأب؛ فلا يفسخ نكاحه مطلقاً وإن لم يدخل، فإن كان الوكيل هو الذي زوجه فسخ نكاحه إلا أن يدخل. ووجه قوله أن الأب مطلق على النكاح والوكيل على النكاح تنفسخ ولايته بتزويج الأب قبله،

وأما إن عقد قبل الموت أو الطَّلاق ودخل بعد ذلك، فحكى محمد بن المواز أن ذلك بمنزلة ما إذا عقد ودخل قبل الموت أو الطَّلاق فينفذ نكاحها ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه.

والصواب أنه في الفوات متزوج في عدة، بمنزلة امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الأجل وانقضاء العدة، ويدخل بها زوجها فينكشف أنها تزوجت قبل وفاة المفقود، ودخلت بعد وفاته في العدة أنه يكون متزوجاً في العدة ولا فرق بين المسألتين، وبالله التوفيق.

فَإِنِ اتَّحَدَ زَمَانُ الْعَقْدَيْنِ أَوْ جُهِلَ قَبْلَ الدُّخُولِ فُسِخَ بِطَلَاقٍ، وقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: يُوقَفُ الطَّلاق، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ طَلاقٌ وإِنْ تَزَوَّجَهَا غَيْرُهُمَا وَقَعَ عَلَيْهِمَا....

اعلم أني لم أر في كتب أصحابنا الفسخ بطلاق إلا فيما إذا جهل زمان العقدين وهو الذي نص عليه في المدونة، وما ذكره المصنف من أنه يفسخ بطلاق مع الاتحاد لم أره، وهو مشكل لاستحالة الشركة في الزوجة شرعاً، فلم تدخل في عصمة أحدهما، وقال ابن عبد السلام في المسألة ثلاثة أقوال: **المشهور** أنه يفسخ النكاحان بطلاق، وهو ظاهر إذا جهل لأن أحد العقدين صحيح. **الثاني** لسحنون: يفسخ النكاحان بغير طلاق، وهو ظاهر إذا اتحد زمن العقدين. **والثالث** قول ابن المواز: لا يعجل بالطلاق وتباح للأزواج؛ فإن أراد تزويجها وقع على كل واحد منهما طلقة لتحل للغير بيقين، وإن أراد أحدهما تزويجها لم يقع عليه شيء، ووقع على الآخر لأن المتزوج إن كان هو الأول في نفس الأمر فلم تزل في عصمته، وإن لم يكن هو الأول، فلم يتقدم له نكاح حتى يقع فيه طلاق، ولعله اعتمد في اتحاد العقدين على المصنف، فإن قلت فما الحكم لو لم يطلع في هذه المسألة إلا بعد دخول أحدهما قبل الفوات ولا إشكال فيه، ولوضوحه ترك المصنف التعرض

إليه لأنا إذا قلنا بالفوات بالدخول مع العلم بكونه ثانياً، فلأن يكون كذلك مع عدم العلم من باب أولى.

اللخمي: ويأتي على قول ابن عبد الحكم أن الداخل لا يكون أحق لأنه على شك.

فَإِن مَاتَتْ والأَحَقُّ مَجْهُولٌ فَفِي الإِرْثِ قَوْلانِ

الأحق من يقضى له بها لو علم به وهو الأول مطلقاً على قول ابن عبد الحكم وعلى المشهور [٢٨٤/ ب] فهو إما الأول قبل الدخول، وإما الثاني بعد الدخول، فإن جهل بعينه وقد ماتت المرأة فقولان.

ابن بشير وابن شاس: للمتأخرين قولان وأكثرهم على السقوط؛ لأنه ميراث مع الشك. والآخر لابن محرز، قال: القياس أن يكون الميراث بينهما والصداق عليهما لأن الميراث ثابت للزوج منهما، وهما يتنازعانه، فيدعي كل واحد منهما أنه الأول، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيقسم بينهما، وليس هو من باب الميراث بالشك وهو كمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى منهما، وكمن طلق إحدى نسائه ثم مات، ولم تعلم المطلقة فإن الميراث بينهما نصفان، وإلى هذا أشار المصنف بقوله:

فَإِنْ ثَبَتَ الإِرْثُ ثَبَتَ الصَّدَاقُ

مفهوم كلامه أنه إن لم يثبت الإرث ينتفي الصداق، وهو خلاف ما في الجواهر لأنه قال: ويثبت الصداق حيث يثبت الميراث، وأما حيث ينتفي فإنما يكون عليه ما زاد منه على قدر الميراث.

وفي اللباب: قال بعض المذاكرين: من كان صداقه قدر ميراثه فأقل فلا شيء عليه، ومن كان ميراثه أقل غرم ما زاد على ميراثه لإقراره بثبوت ذلك عليه. ولم يصرح المصنف هل يجب مجموع كل واحد من الصداقين، فلا يستحق أحد الزوجين شيئاً من الميراث إلا

بعد دفعه جميع الصداق، لأنه مقر بوجوب ذلك عليه، أو نصفه؟ لأنه لو دفع كل واحد من الزوجين صداقاً كاملاً لأخذ كل واحد من الورثة ضعف حقه من الصداق.

ابن عبد السلام: والاحتمال الأول أقرب. **خليل**: وقد يخرج هذان الاحتمالان على الخلاف فيما إذا ادعى المسيس وأنكرته الزوجة، هل لها أن تأخذ جميع الصداق لإقراره أو لا تأخذ إلا نصفه لإنكارها؟ فانظره.

وَلَوْ مَاتَ الزَّوْجَانِ فَلا إِرْثَ وَلا صَدَاقَ

لأن سببهما الزوجية، وهي لم تثبت. وحكى ابن بشير الاتفاق على ذلك، وهذا ما لم يدَّعِ كل واحد منهما أنه الأول، وأما لو ادعيا ذلك وصدَّقت المرأة أحدهما، ففي ابن بشير: لا يثبت لها الإرث ويثبت لها الصداق لأنه أقر لها بمال.

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم أن لها الصداق ويختلف في الميراث، يريد لأن الصداق من الديون وهي تثبت بالإقرار، وأما الميراث فاختلف المذهب هل يثبت بالإقرار أم لا؟ وفيه نظر لأن الخلاف إنما هو في إقرار من لم يعلم له وارث.

وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَتَانِ مُتَنَاقِضَتَانِ تَسَاقَطَتَا وَلا يُقْضَى بِالأَعْدَلِ بِخِلافِ الْبَيْعِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: يُقْضَى بِالأَعْدَلِ كَالْبَيْعِ....

صورتها أن تقول هذه البينة: نشهد أن عقد هذا وقع في اليوم الفلاني ووقع عقد هذا بعده، وتعكس البينة الأخرى. ومنشأ الخلاف هل زيادة العدالة تقوم مقام الشاهد الواحد، أو شاهدين؟ فالمشهور أنها تقوم مقام الشاهد الواحد، فلذلك يقضى بها في البيع دون النكاح. ورأى سحنون أنها قائمة مقام شاهدين، فيقضى بها فيهما. وبقول سحنون قال البرقي، واختاره عبد الحق. وفي المسألة قول ثالث: أنه لا يقضى بالأعدل في البيع والنكاح.

وَلا عِبْرَةَ بِتَصْدِيقِ الْمَرْأَةِ

يعني: لا عبرة بتصديق المرأة لأحدهما أنه الأول. وعن أَشْهَب: تصدق ما لم تدع الأرفع. وأنكره أصبغ.

فائدة: وقع في المذهب مسائل كهذه يفيتها الدخول، ومسائل لا يفيتها الدخول. فالأولى تسع: **الأولى**: هذه. **الثانية**: امرأة المفقود تتزوج بعد ضرب الأجل ثم يأتي زوجها بعد دخول الثاني فتفوت على المشهور. **الثالثة**: الكافر يسلم على أكثر من أربع فيختار أربعاً ثم يجد الأربع أخوات أو محارم، فإنه يختار من البواقي ما لم يدخل على المشهور. **الرابعة**: من أسلمت وزوجها كافر فتتزوج فينكشف أنه أسلم قبلها. **الخامسة**: الرجعية يرتجعها زوجها في العدة وهي لا تعلم فتتزوج بعد انقضاء عدتها ثم يتبين أن زوجها كان ارتجعها قبل انقضاء العدة. **السادسة**: المعتقة تحت العبد تختار نفسها وتتزوج، ثم يقوم زوجها ويثبت أنه عتق قبلها. قال المصنف: فكزوجة المفقود. **السابعة**: الأمة المتزوجة يطأها سيدها بعد انقضاء عدتها، وقد كان زوجها أشهد برجعتها ولم يعلم السيد. **الثامنة**: امرأة الأسير يتنصر ويشك في تنصره هل طائعاً أو مكرهاً؟ فيفرق بينهما ثم تبين أنه كان مكرهاً. **التاسعة**: إذا قال لها: إن غبت شهراً فأمرك بيدك، فغاب ثم طلقت نفسها وتزوجت ثم أثبت أنه قدم قبل الشهر، **ابن عبد السلام**: والمشهور أنها تفوت بالدخول.

وأما المسائل التي لا يفيتها الدخول فخمس، **الأولى**: إذا وكل رجلين على أن يزوجه كل واحد زوجة وكان له ثلاث زوجات. **الثانية**: المنعي لها زوجها ثم تتزوج ويدخل بها زوجها الثاني، ثم يأتي الأول فإنها ترد إليه على المشهور. **الثالثة**: الذي له زوجتان اسم كل واحدة منهما عمرة؛ فقال: عمرة طالق. وادعى أنه لم يرد التي عنده وإنما يريد امرأة غائبة؛ ففرق [٢٨٥/ أ] بينه وبين هذه ثم أثبت أن له امرأة أخرى تسمى عمرة. فقال محمد: ترد

إليه ولو دخل بها الثاني. **الرابعة**: التي تطلق لعدم النفقة ثم يكشف الغيب أنها أسقطتها عنه. وفي معنى هذه الصورة إذا طلق على الغائب بعسر النفقة ثم قدم وأثبت أنه كان يبعث إليها النفقة، نص عليه أبو الحسن. **الخامسة**: إذا تزوجت امرأة المفقود في أثناء العدة، أعني الأربعة أشهر وعشراً ففسخ ثم يتبين أن عدتها من المفقود قد انقضت قبل ذلك فإنها ترد إلى هذا الزوج وإن تزوجت ثالثاً فسخ نكاحه ولو بعد الدخول كالمنعي لها زوجها. قاله أبو عمران وغيره.

وَإِذَا غَابَ الأَقْرَبُ غَيْبَةً بَعِيدَةً زَوَّجَ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: أَوِ الأَبْعَدُ

هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن يكون المصنف تكلم على غيبة الأقرب مطلقاً أباً كان أو غيره، ثم بين مقدار الغيبة في حق الأب، وهو الذي قاله ابن عبد السلام، ويحتمل أن يكون في غير الأب المجبر، وهو الذي قاله ابن راشد.

قوله: (**غَيْبَةً بَعِيدَةً**) مفهومه أنها لا تزوج في الغيبة القريبة وهو كذلك ويرسل إليه الحاكم، قاله مالك في الواضحة. وفي سماع أشهب: كتب إلى ابن غانم في امرأة تطلب التزويج فتُسأل هل لها ولي؟ فتذكر أن لها عماً أو أخاً على مسيرة الثلاثِ والأربع، وأنه في شأنه وضيعته، وتسأل أن يزوجها كفئاً. إني أرى إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها وكفاءة من تدعو إليه أن تُزَوِّجَهَا ولا تضرها غيبة وليها.

قيل: ففي هذه الرواية حد الغيبة. وفي قوله: (إذا كان أمرها على ما وصفته من حالها وغيبة وليها) بيان أنها غير مصدقة فيما تذكر من ذلك حتى تثبته، وكذلك قال في المتيطية أنها تثبت ذلك.

قوله: (**زَوَّجَ الْحَاكِمُ، وَقِيلَ: أَوِ الأَبْعَدُ**) نحوه في ابن شاس، وفيه نظر، وصوابه أن يقول: وقيل الأبعد، بغير أو لأن القائل يرى أن الولاية للولي فقط، هكذا نقل اللَّخْمِيّ وصاحب البيان وغيرهما.

وَيُعْتَبَرُ فِي غَيْبَةِ أَبِي الْبِكْرِ مِثْلُ إِفْرِيقِيَّةَ لِغَيْرِ تِجَارَةٍ. وَقِيلَ: مَا يُتَعَذَّرُ بِهِ الإِذْنُ. وَقِيلَ: إِنْ قَطَعَ عَنْهَا النَّفَقَةَ. وَقِيلَ: لا يَصِحُّ مَعَ حَيَاتِهِ أَمَّا إِنِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ فَالْوَلِيُّ يُنْكِحُهَا. وَقِيلَ: بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ فُقِدَ....

لغيبة أبي البكر ثلاثة أحوال: **الأولى**: أن يكون قريباً، قال في البيان: كعشرة أيام ونحوها. فلا خلاف أنها لا تزوج في مغيبه وإن زوجت انفسخ النكاح زوجها الولي أو السلطان. قاله في الواضحة، زاد في المتيطية عن ابن القاسم: يفسخ وإن ولدت أولاداً وإن أجازه الأب. **الحالة الثانية**: أن تكون غيبة بعيدة كما قال في المدونة: مثل إفريقية والأندلس وطنجة لغير تجارة - قال في البيان: من مصر - فاختلف في ذلك على أربعة أقوال: **أحدها** أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك وإن كانت نفقته جارية عليها وإن لم يخف عليها ولا استوطن أبوها ذلك الموضع الذي هو فيه وهو ظاهر ما في العتبية.

وقد تأول على ما في المدونة من قوله فيها: وأما من خرج تاجراً وليس يريد المقام بذلك البلد فلا يهجم السلطان على ابنته، فإنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، وهو **القول الثاني. والقول الثالث**: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين، وهو قول ابن حبيب. **والرابع**: أنها لا تزوج أبداً وإن طال مقامه فيه، وهو ظاهر قول مالك في الموازية وقول ابن وهب. انتهى. ففسر رحمه الله تعالى قول مالك: كإفريقية على أنها من مصر، واستبعده ابن عبد السلام، قال: لأن المسألة من كلام مالك في المدونة، ويحتمل أن يريد من المدينة.

واحترز بقوله: (**لِغَيْرِ تِجَارَةٍ**) مما لو خرج لتجارة فإنها لا تزوج؛ لأن الغالب فيها أن يرجع عاجلاً. قال فضل في قول ابن حبيب: ولا أعلم هذا التحديد لغيره. والقول بأنها لا تزوج مع حياته بحال لعبد الملك. وهو مشكل لا سيما إن كانت محتاجة وخيف عليها.

قال في البيان: وهو مبني على قول ابن حبيب بجواز العضل.

وقوله: (**وَقِيلَ: مَا يُتَعَذَّرُ بِهِ الإِذْنُ**) أي: يكون بموضع لا ينفذ فيه كتاب حاكم الموضع الذي البنت فيه، ففي هذا يزوجها السلطان. وهذا قول حكاه عبد الحق عن الإبياني. وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ قَطَعَ عَنْهَا النَّفَقَةَ**) ظاهره أنه قول في المسألة، وهو مقتضى كلام ابن يونس، لأنه قال: قال مالك: يزوجها الإمام إن رفعت إليه. وقال عبد الملك: لا يجوز إنكاحها على وجه في حياة الأب.

ابن وهب: إن قطع عنها النفقة جاز. ثم ذكر وجه كل قول. وقال صاحب البيان وابن سعدون: لا اختلاف إذا قطع الأب عنها النفقة وخشي عليها الضياع أنها تزوج وإن كان ذلك قبل البلوغ. وإنما اختلفوا فيمن يزوجها، فالمشهور أنه لا يزوجها إلا السلطان لأنه حكم على غائب. وقال ابن وهب ومثله في الموازية: أن الولي يزوجها برضاها، والوجه في ذلك أن ولايته سقطت لتضييعه ومغيبه، فكان كالميت. انتهى.

وانظر هذا الاتفاق الذي حكاه صاحب البيان فيما إذا قطع عنها النفقة مع قول عبد الملك: لا يجوز تزويجها مع حياة الأب وإن ضاعت واحتاجت وخيف عليها إلا أن يفسر الحاجة بالحاجة في غير النفقة. **والحالة الثالثة**: أن يكون أسيراً أو مفقوداً، [٢٨٥/ ب] فالمشهور أن الولي يزوجها وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها الضياع.

قال في المتيطية: وبهذا القول القضاء. وقال عبد الملك: ليس لهم ذلك إلا بعد أربع سنين من يوم فقد. وقال أصبغ: لا تزوج بحال.

وقوله: (**فَالْوَلِيُّ يُنْكِحُهَا**) هذا ظاهر ما في المتيطية؛ لأنه قال: قال بعض الموثقين: وإذا فرَّعنا على المشهور فينبغي أن يثبت الولي عند الحاكم طول غيبة الأب وانقطاع خبره والجهل بمكانه، وحينئذ يصح للولي إنكاحها.

ابن راشد: وفي الطراز: الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك. فجعل ذلك للحاكم دون الولي، وهو الصواب، وأي فرق بين هذه والتي قبلها.

وفي البيان أنه اتفق في الأسير أن الحاكم يزوجها وإن كانت في نفقته وأمنت الضيعة عليها. وأما إن كان الأب مسجوناً أو مجنوناً فليس هو كالغائب البعيد الغيبة وإن طال أمره؛ لأن خروجه وبرءه مرجو.

والمصنف رحمه الله تعالى يؤخذ من كلامه الثلاثة الأحوال، لأن قوله: (**وَيُعْتَبَرُ فِي غَيْبَةِ أَبِي الْبِكْرِ**) تصريح منه بالحالة الثانية، ويفهم منه أن أقل من ذلك لا يجوز تزويجها فيه، وهي الحالة الأولى.

قوله: (**أَمَّا إِنِ انْقَطَعَ خَبَرُهُ**) هي الحالة الثالثة، والله أعلم.

وَإِذَا أَنْكَحَ الأَبْعَدُ مَعَ وُجُودِ الْمُجْبِرِ لَمْ يَجُزْ وَلَوْ أَجَازَهُ كَالأَبِ، وَمِثْلُهُ السَّيِّدُ عَلَى الأَصَحِّ وَلَوْ كَانَ شَرِيكاً بِخِلافِ بَيْعِهَا نَفْسَهَا فَإِنَّهُ يَجُوزُ....

اعلم أن للتعدي على الولي صورتين: **إحداهما** أن يتعدى الولي على أقرب منه. **والثانية** أن يتعدى أجنبي على ولي. ثم الولي المتعدى عليه إما مجبر أو لا. صارت أربعة أقسام، وقد تكلم المصنف رحمه الله تعالى عليها كلها، يعني: إذا تعدى ولي على أب لم يجز النكاح ولو أجازه الأب. ومثل الأب السيد في أنه لا يجوز نكاح غيره وإن أجازه السيد على الأصح. وقيل: يجوز في الأمة لخفة الأمر فيها. والأصح ومقابله روايتان. وخرج اللَّخْمِيّ قولاً في الأولى بالإجازة إذا أجازه الأب من الأمة. وليس ببين لما قلناه من خفة الأمر في الأمة.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ شَرِيكاً**) يعني أن غير السيد إذا زوج الأمة يُفسخ النكاح، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون من زوجها له فيها ملك أم لا.

فرع:

إن بنينا على المشهور أنه لا بد من فسخه فإن فسخ قبل البناء سقط الصداق عن الزوج ورجع به إن استهلكته، أو بما نقص إن تجهزت به ولم يساوه الجهاز على الذي

زوجه إن غره ولم يعلمه أنه شريك، وإن فسخ بعده فإن أجازه الشريك فإنما له نصف المسمى وإن لم يجزه.

وفي معنى ذلك إن أجازه ولم يرض بالصداق، فالمشهور أن له الأكثر من نصف المسمى أو نصف صداق المثل، ويرجع الزوج بالزائد على الشريك الذي زوجها إن كان غره. والشاذ لأشهب: إنما له نصف المسمى.

ابن المواز: ولا شيء للعاقد من الصداق إن غره إن قال هي حرة أو هي لي وحدي. قال الشيخان أبو محمد وأبو الحسن رحمهما الله تعالى: وإذا رجع على الغارّ بما دفع إليه ترك لها ربع دينار. وقيل: لا يُترك لها منه شيء. وهذا إذا رضي الشريكان في الأمة بقسم المال وإن أبى أحدهما فعلى الزوج أن يكمل لها صداق المثل على المشهور ويكون بيدها، فإن اقتسماه رجع على الذي زوجه منهما بما استفضل في نصفه إن لم يكن غره، وبجميع الزيادة إن غره كما ذكرنا بخلاف بيعها فإنه يجوز إذا أجازه السيد لأنه بيع فضولي وهو يلزم عندنا بإجازة المالك كما سيأتي إن شاء الله تعالى. والفرق بين النكاح والبيع أن الولاية مشترطة في النكاح لحق الله سبحانه وتعالى.

قوله: (**نَفْسَهَا**) يحتمل أن يقرأ بفتح السين وتكون هي البائعة، وبكسرها على البدل من الضمير المجرور وحينئذ يحتمل أن تكون هي البائعة أو غيرها.

وَفِيهَا: لَوْ زَوَّجَ ابْنٌ أَوْ أَخٌ أَوْ جَدٌّ ابْنَتَهُ الْبِكْرَ أَوْ أَمَتَهُ فَأَجَازَه جَازَ إِنْ كَانَ قَدْ فَوَّضَ إِلَيْهِ الْقِيَامَ بِجَمِيعِ أُمُورِهِ....

أتى بهذه المسألة لأنها كالمخالفة لما قبلها، إذ قد حصل فيها تزويج الأبعد مع وجود مجبر، وأمضاه في المدونة بإجازة الأب. وقوله: (**ابْنَتَهُ**) أي بنت المجبر، وذكر فيها ثلاثة أولياء وسكت عما عداهم، وألحق ابن حبيب بهم سائر الأولياء إذا قاموا هذا المقام.

الأبهري وابن محرز: وكذلك الأجنبي لأنه إذا كانت العلة تفويض الأب فلا فرق. وكلامه في المدونة يحتمل أن يكون مخالفاً لهما وأن يكون موافقاً لابن حبيب خاصة. وفسر سحنون ما وقع في المدونة من الإجازة إذا أجازه الأب بأن معناه: إذا كان الأب غائباً. حمديس: وإنما يجوز إذا أجازه الأب إذا كان قريباً ولم يطل. وقال أبو عمران: لا يراعى في ذلك قرب ولا بعد وقد أجاز عبد الرحمن ذلك بعد أن قدم من الشام.

وانظر هل يجري فيها قول بأنه لا يجوز مطلقاً من النكاح الموقوف، وأما إن لم يجزه فإنه يفسخ وإن طال، وإن ولدت الأولاد.

واعترض فضل هذه المسألة بأن تفويض الأب لمن ذكر إما أن يدخل تحته نكاح الأبكار أو لا؟

فعلى الأول لا يحتاج إلى إجازة الأب إذ لم يتعد. وعلى الثاني -وهو الصحيح- لا يجوز ولو أجازه كما في المسألة المتقدمة.

وإنما قلنا أن الثاني هو الصحيح لأن ابن أبي زيد رحمه الله تعالى نص على أن الوكيل المفوض لا ينكح البنت البكر ولا يطلق الزوجة ولا يبيع دار السكنى [٢٨٦/ أ] ولا يبيع العبد لأن العرف اقتضى إخراج هذه الأربع. وأجيب بأن المراد بالتفويض هنا التفويض العرفي لأن التفويض قسمان: **تفويض نص** عليه وحكمه ما تقدم، **وتفويض عرفي** وهذا حكمه؛ لأن الابن لما صار يتصرف والأب ساكت كان ذلك بمنزلة إطلاقه له التصرف في جميع الأشياء، وعلى هذا لا يحتاج إلى إجازته. لكن لما كان العرف إخراج نكاح الأبكار تعارَضَا، فأجزناه إذا أجازه الأب لعِلْمنا أنّ الأب لم يخرج ذلك.

وفيه نظر؛ لأنه إذا كان المفوض بالنص ليس له أن يزوج فمن باب أولى أن يكون ذلك في المفوض له بالعرف إلا أن يقال أن المزوج هنا لقرابته لا يتهم ولأنه ولي في الجملة.

خليل: وينبغي أن تقيد إجازة الأب فيما إذا قال الأب: إنما أجزت النكاح لأني فوضت إليه جميع أموري، والنكاح من جملة ذلك.

وأما إن قال لم يخطر لي نكاح ابنتي ببالي في تفويضي إليه؛ فلا يجوز بإجازته، ونحوه للمتيطي. وإذا أجاز الأب النكاح فلا بد من تضمين عقد الإجازة معرفة الشهود لتفويض الأب لولده لئلا يكون ذلك داعية إلى إجازة إنكاح من لا يجوز له العقد.

قال: ولو ادَّعى الزوج أن الابن أو الأخ إنما عقد النكاح بإذن الأب فعلى الزوج إثبات ذلك ويضرب له أجل ويوسع عليه فإن عجز حلف الأب على نفي دعواه، فإن حلف فسخ النكاح، وإن نكل ثبت النكاح. واستدل المتيطي على وجوب اليمين بقول ابن القاسم في العتبية فيمن خطب امرأة فزوجها له وليها وأشهد له بذلك وأنكرت المرأة أن تكون علمت ورضيت أن الإشهاد إن كان بحيث يعلم أنها لا تعلم فلا يمين عليها وإن كان ظاهر. بحيث يرى أنها عالمة فإنها تحلف ما وكلته ولا فوضت إليه، ولا شيء عليها، وإن لم تحلف لزمها النكاح. وكذلك روى ابن القاسم في امرأة زوجها أخوها وأمها ثم ماتت الأم فطلب الزوج الدخول فقال الأخ: لا زوجةَ لك؛ لأن أختي لم تكن علمت. وأنكرت الزوجة، قال: إن قامت له بينة على رضاها وإلا حلفت هي وأخوها وفرق بينهما.

وَتَزْوِيجُ السُّلْطَانِ مَعَهُ كَالأَبْعَدِ مَعَ الأَقْرَبِ لا كَالْمُسَاوِي عَلَى الأَشْهَرِ

الضمير المخفوض بمع عائد على الأقرب. قوله: (**كَالأَبْعَدِ**) أي: فيأتي فيها من الخلاف ما يذكره بعد هذا إذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب، ومقتضى كلامه أن مقابل الأشهر يجعل السلطان كالمساوي للأب، ولم أر هذا النقل. وكذلك قال ابن راشد وابن عبد السلام.

وكثيراً ما سألت عنه فلم أجد علماً به عند من سألته. انتهى.

ويحتمل أن يريد بمقابل الأشهر أنه ليس كولي الأبعد، بل يفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ويكون قوله: (**لا كَالْمُسَاوِي**) متفقاً عليه، ويكون الأشهر أنه يمضي، ومقابله يفسخ على كل حال، وهذا الوجه وإن كان بعيداً من لفظه فهو أقرب من الأول.

على أني لم أر من قال: إن السلطان مع الأب كولي أبعد. وقد قدمنا عن ابن حبيب أن السلطان إذا زوجها في غيبة الأب الغيبة القريبة أن النكاح مفسوخ، وأن ابن القاسم قال: يفسخ وإن ولدت الأولاد. ورأيت في بعض التعاليق أنه اختلف في تقديم السلطان على أحد من ذوي النسب البعيد كابن العم تلتقي معه في جد بعيد، فذكر قولين. والله تعالى أعلم.

فإن لَمْ يَكُنْ مُجْبَرٌ فَفِيهَا: لَمْ يَرُدَّ، وَفِيهَا: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ، وَقِيلَ: لَهُ الرَّدُّ مَا لَمْ يَبْنِ بِهَا. وَقِيلَ: مَا لَمْ يَتَطَاوَلْ بِالأَوْلادِ. وَقَالَ اللَّخْمِيّ: إِنْ كَانَتْ دَنِيَّةً مَضَى بِاتِّفَاقٍ ...

المشهور هو الأول. **عياض**: ومشهور المذهب منعه ابتداءً، وتأول بعضهم المدونة على الجواز ابتداءً، وهو يحتمل أن يكون مبنياً على أن تقدمة الأقرب من باب الأولى، ويحتمل أن يكون مبنياً على أن تقدمة الأقرب من باب الأوجب، ولكن أمضاه بعد الوقوع مراعاةً للخلاف أو للتطلع على العورات.

والقول بنظر السلطان حكاه سحنون عن بعض الرواة، وأشار إلى أنه مبني على أن تقدمة الأقرب من باب الأولى، وقال: النظر على هذا القول إنما هو إذا ادَّعى الأقرب أنها وضعت نفسها في دناءة ولو اعترف بأنها إنما تزوجت كفؤاً لم يفتقر فيه لنظر السلطان. والقول بالفسخ ما لم يبن لابن الماجشون وابن حبيب، والقول بالفسخ ما لم يتطاول لمالك في الثمانية، واختصر فضل الواضحة عليه، وزاد في المتيطية قولاً خامساً بالفسخ مطلقاً للمغيرة.

وهذه الثلاثة الأقوال مبنية على أن تقديم الأقرب من باب الأوجب، فمن قوي عنده الوجوب ولم يلتفت إلى غيره قال بالفسخ مطلقاً، ورأى القائل بالفسخ ما لم يدخل

أنه بالدخول يحصل التطلع على العورات، ورأى القائل الآخر أنه إنما يقوى الضرر بالتفرقة إذا طال الأمر بينهما وولدت الأولاد.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم قولاً آخر إن كان الأبعد كالأخِ للأب مع أخ شقيق مضى وإن كان كابن عم مع أخ رد؛ وأخذه من المدونة.

وعلى الإمضاء فإن أثبت الأقرب أن الزوج غير كفء فله في ذلك مقال؛ فإن أثبت الأبعد الكفاءة ففي أحكام ابن زياد أن شهادة من شهد بعدم الكفاءة أتم، وليس على الحاكم أن [٢٨٦/ ب] يسأل الشهود من أين علموا عدم الكفاءة. وقيل: يقضي بأعدل البينتين، فإن تكافأتا كان الجرح أولى. وقيل: يسقطان وينظر الحاكم في ذلك. وفي أحكام ابن حذير عن جماعة من الشيوخ: إن بين الشهود الحال التي كان بها غير كفء كانت شهادتهم أولى، وإن شهدوا مجملاً كانت شهادة الآخرين أولى.

بعض الموثقين: الذي جرى به الحكم أنه إن كانت إحدى البينتين أعدل حكم بها. وبه قال سعيد بن أحمد وابن زرب وغيرهما.

وقوله: (**وَقَالَ اللَّخْمِيّ: إِنْ كَانَتْ دَنِيَّةً مَضَى بِاتِّفَاقٍ**) يعني أن الخلاف المتقدم إنما هو في ذات القدر؛ لأن النكاح قد انعقد بولي، وليس على القريب وصم في وليته الدنية؛ لأن كل واحد كوليها، والله أعلم.

وَفِيهَا: وَلَوْ أَعْتَقَ أَمَته ثُمَّ أَنْكَحَهَا مِنْ نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهَا جَازَ وَإِنْ كَرِهَ وَلِيُّهَا

أي: من النسب، فيشمل الابن وغيره. واقتصر في المدونة على الولد؛ لأنه إذا جاز مع الولد فمع غيره أولى. وقوله (**جَازَ**) يحتمل الإقدام ويحتمل مضي النكاح، وهو الأقرب لأن سائر أولياء النسب مقدمون على المعتق. وقد تقدم أن الأولياء إذا كانوا في درجة ليس لأحدهم أن يعقد ابتداءً إلا بموافقة من استوى معه، وإذا كان ذلك مع التساوي فمع القرب أولى.

وذكر المصنف هذه المسألة بإثر الأولى؛ لأنها من فروعها إذ هي من تزويج الأبعد مع وجود الأقرب. ولقائل أن يقول: هذه المسألة أخف من التي قبلها؛ لأن هذه المعتقة من الدنيات ولسيدها له عليها بقية سلطنة الملك، وهو أولى الأكفاء لها، وعلى هذا فلا يمكن إجراء الخلاف المتقدم فيها، والله أعلم.

وَإِذَا أَنْكَحَ الأَجْنَبِيُّ مَعَ وُجُودِ الْمُجْبِرِ فَكَذَلِكَ

لما تكلم على صورتي تعدي الولي على ولي أقرب منه تكلم على تعدي الأجنبي. وقوله (**فَكَذَلِكَ**) أي لا يجوز ولو أجازه الأب، والأليق بطريقة المصنف ألا يذكر هذا؛ لأنه إذا لم يجز نكاح الأبعد مع وجود المجبر فلأن لا يجوز نكاح الأجنبي مع وجود المجبر من باب أولى، لكن قصد رحمه الله تعالى الكلام على جميع الأقسام.

وَلا مُتَكَلَّمَ لأَحَدِ الْوَلِيَّيْنِ عَلَى الآخَرِ فِي الْمُعْتَقَةِ

إيراده لهذه المسألة هنا غير مناسب، وهي من فروع قوله: (وإذا كان الأولياء في درجة فإذا بادر أحدهم صح). وما ذكره المصنف نص عليه في المدونة. وقال جماعة: الصواب أن مجموع المعتقين منهما هو الولي لا أحدهما كالشريكين بخلاف الأخوين؛ لأن كلا من المعتقين إنما له نصف الولاء ولا يرث إلا النصف، وهو ظاهر.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْبِراً وَهِيَ ذَاتُ قَدْرٍ فَقَالَ مَالِكٌ: مَا فَسَخَهُ بِالْبَيِّنِ، وَلَكِنْ أَحَبُّ إِلَيَّ؛ وَتَوَقَّفَ إِذَا أَجَازَهُ الْوَلِيُّ بِالْقُرْبِ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَهُ إِجَازَتُهُ وَرَدُّهُ مَا لَمْ يَبْنِ بِهَا. وَقَالَ أَيْضاً: لَهُ إِجَازَتُهُ بِالْقُرْبِ وَإِلا رَدَّ مَا لَمْ يَطُلْ بَعْدَ الْبِنَاءِ. وَقِيلَ: يُرَدُّ. وَقِيلَ: يَمْضِي. وَفِيهَا: إِنْ دَخَلَ بِهَا عُوقِبَتِ الْمَرْأَةُ وَالزَّوْجُ وَالْمُنْكِحُ وَالشُّهُودُ إِنْ عَلِمُوا....

يعني: أن الأجنبي إذا زوج مع ولي غير مجبر فإما أن تكون المرأة ذات قدر أو دنية، فذكر المصنف في ذات القدر خمسة أقوال: أحدها: أنه ماض مطلقاً، حكاه عبد الوهاب

عن مالك. **والثاني** لسحنون: يفسخ أبداً. **اللَّخْمِيّ**: يريد وإن تطاول بالأولاد. وهذان القولان هما اللذان ذكرهما المصنف آخراً. **والثالث**: الوقف إذا أجازه الولي بالقرب، وهو قول مالك. قال في المتيطية: قال ابن سعدون: يعني توقف مالك في فسخه وفي إجازته. وقال أبو عمران: إنما توقف في إجازته ولم يتوقف في فسخه، وإنه مفسوخ، ونحوه للباجي واللخمي. انتهى. **والقول الرابع** لابن القاسم أن الخيار للولي في فسخه وإمضائه ما لم يدخل. **والقول الخامس** له أيضاً، وإليه أشار بقوله: **(وقَالَ أَيْضاً: لَهُ إِجَازَتُهُ بِالْقُرْبِ)** ابن القاسم قاله في المدونة، وقاله مالك وزاد فيه قيداً آخر في المدونة وقال: ما لم تطل إقامته معها وتلد الأولاد. واختلف الشيوخ في فهم هذا القول، فقال **ابن التبان**: إن كان قبل البناء بالقرب فللولي إجازته وفسخه وإن طال قبل البناء فليس إلا الفسخ وإن كان بقرب البناء فللولي أيضاً فسخه وإجازته، وإن طال بعد البناء فليس للولي فسخه وعليه اقتصر ابن يونس.

قال عبد الحق: وقال غير ابن التبان أنه يخير قبل البناء وإن طال على مذهب ابن القاسم. واعلم أن المصنف لم ينقل كلام ابن القاسم على ما هو عليه في المدونة بل زاد فيه قوله: **(وإِلا رَدٌّ)** هذه الزيادة إنما تأتي على فهم ابن التبان؛ لأن قوله يقتضي تحتم الفسخ مع الطول قبل البناء. ولنذكر كلامه في المدونة ليتبين لك ذلك، قال فيها: قال ابن القاسم: إذا أجازه الولي بالقرب جاز سواء دخل الزوج أم لا، وإن أراد فسخه بحدثان الدخول فذلك له، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان صواباً. وقاله مالك. وذكر في المدونة سادساً، فقال: وقال عنه ابن وهب أنه يفرق بينهما بطلقة دخل بها الزوج أم لا، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي.

تنبيه: ما ذكره المصنف في القول الأول من قوله: **(مَا فَسَخَهُ بِالْبَيْنِ، ولَكِنْ أَحَبُّ إِلَيَّ)** [٢٨٧/ أ] هو كذلك في المدونة، لكنه لم يذكر ذلك عند ذكره هذه الأقوال وإنما ذكره

لما تكلم على النكاح الذي يفسخ بطلاق والذي يفسخ بغير طلاق، وهو مشكل؛ لأن الفسخ لا يقال فيه أحب إلي، إلا أن يقال أنه توقف لتعارض الأدلة. واستحب الفسخ خروجاً من الخلاف، وليستأنف عقَد بولي لا خلاف فيه.

اللخمي: وجميع الخلاف الذي في هذه المسألة راجع إلى ثلاثة أقوال: هل تقدمة ولاية النسب على ولاية الإسلام من باب الأولى؟ أو هي حق له أو لله؟ فأمضاه مرة بناء على أنه أولى ومرة رآه حقاً له فخيره في الفسخ والإمضاء، ورأى مرة أن الحق لله ففسخه مطلقاً، ووقف مرة لتعارض الأدلة عنده هل ذلك حق له أو لله سبحانه؟

وقوله: (**وفِيهَا: إِنْ دَخَلَ بِهَا**... إلى آخره)، قال فيها: قيل لمالك: من زوج امرأة بغير إذن ولي بشهود أيضرب أحدهم ؟ فقال: أَدَخَلَ بها؟ قال: لا. وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا، قال: لا عقوبة عليهم.

ابن القاسم: إلا أني رأيت فيها لو دخل بها لعوقبت المرأة والزوج والذي أنكح، ويؤدب الشهود أيضاً إن علموا. ومعنى قوله: (وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا) أي: أنكروا أن يكونوا علموا أن هذا النكاح لا يجوز بدليل قوله: (**وَيُؤَدَّبُ الشُّهُودُ إِنْ عَلِمُوا**). هكذا قال أبو الحسن في معنى المدونة، وجعل بعضهم فاعل أنكر عائداً على مالك؛ أي: وأنكر مالك أن يكون الشهود حضروا مثل هذا. وقيد الباجي عدم عقوبتهم قبل البناء بها إذا كان النكاح مشهوراً.

وقوله: (**عَلِمُوا**) يضبط بالبناء للفاعل لا بالبناء لما لم يسم فاعله؛ لأنهم إذا علموا ولم يكن عندهم علم لا يعاقبون، وقد صرح في الجلاب بذلك.

اللخمي: وأرى ألا عقوبة على الزوجين إن كانا من أهل الاجتهاد، وذلك مذهبهما، أو كانا يريان تقليد من يرى ذلك أو كانا يجهلان أو يظنان أن ذلك جائز، وكذلك البينة ينظر إلى مذهبها أو من تقلد به.

وَالْمُعْتَبَرُ الأَقْعَدُ خَاصَّةً

هذا كما قال في المدونة: وإذا استخلفت على نفسها رجلاً فزوجها ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر، فلما علما أجازه الأقعد فلا قول هنا للأبعد بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد لأن ذلك نكاح عقده ولي، وهذا نكاح عقده غير ولي، فلا يكون فسخه إلا بيد الأقعد.

فَإِنْ كَانَتْ دَنِيَّةً؛ فَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ أَخَفُّ

هذا قسيم قوله أولاً **(وهي ذات قدر)** يعني: وإن كانت دنية فقال مالك: هي أخف. وظاهره فيما إذا زوج الأجنبي مع وجود الولي. ومعنى أخف أنه يمضي، وهذا هو المشهور.

ففي التنبيهات: أما الولاية العامة وهي ولاية الإسلام فلا خلاف عندنا أن الخاصة من النسب أو الحكم مقدمة عليها وأنها مع عدمها ولاية صحيحة. واختلف مع وجود الخاصة فهل تكون العامة ولاية يصح بها العقد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال: المشهور أنها غير ولاية في الشريفة دون الدنية، وهو مذهب ابن القاسم وروايته. **الثاني**: أنها غير ولاية فيهما، وهي رواية أَشْهَب وقول ابن حبيب. **والثالث**: أنها ولاية فيهما، حكاه عبد الوهاب، وهو ظاهر رواية ابن وهب عن محمد. والمسألة في المدونة مفروضة إذا لم يكن لها ولي، ففيها: وإذا وكلت المرأة الدنية مثل المعتقة والمسالمة والسوداء والمسكينة أجنبياً فزوجها وهي ببلد لا سلطان فيه، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولا ولي لها جاز ذلك، وكذلك إن وكلت من أسلمت هي على يديه وذلك فيمن أخف منه في ذوات القدر، وأما إن أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى يكون لها من القدر والغنى والإباء في الإسلام وتنافس الناس فيها فلا يزوجها وهو كأجنبي فيها.

وقوله **(ولا ولي لها)** ظاهره مثل رواية أَشْهَب عن مالك أن الدنية وغيرها لا يزوجها إلا الولي أو السلطان.

الأبهري: وإليه رجع مالك. وما ذكرناه من نص المدونة هو الذي اختصره المختصرون وليس في الأمهات: يعسر عليها تناوله، وإنما هو في الموازية وعليه اختصر أبو محمد، وأنكر ابن الماجشون هذه الرواية وقال: لا يجوز للدنية ولا غيرها أن يزوجها إلا الولي إلا أن تكون مثل المرأة الأعجمية الوغدة قد ساندت الرجل ذا المال والنعمة حتى صار لها كنفاً يأخذ لها القسم ويجري عليها النفع فإن له تزويجها إذا لم يكن لها ولي، وأما ذات النعمة والحال والنسب فلا.

ابن عبد السلام: وأما ما حكاه بعض الشافعية عن مالك أن للدنية أن تزوج نفسها فغلط بين لا شك فيه.

وَقَالَ فِي الْمَكْفُولَةِ الْمُرَبَّاةُ: وَمَنْ أَنْظَرُ لَهَا مِنْهُ، وَقِيلَ: يَمْضِي مُطْلَقاً. وَقِيلَ: كَذَاتِ الْقَدْرِ....

يعني: أن الدنية قد يكون الأجنبي فيها كالولي بل أولى منه؛ لأن معنى قوله: **(وَمَنْ أَنْظَرُ لَهَا مِنْهُ)** لا أحد أنظر لها منه.

عياض: يعني بعد بلوغها ورضاها. قال في الواضحة: وذلك إذا مات أبوها وغاب أهلها، وعلى هذا حمل الشيوخ المسألة أنها غير ذات أب، وأنه من باب إنكاح الكافل والمربي لليتيمة، ولا يرون أن المكفولة يزوجها الحاضن في حياة أبيها، وذهب ابن العطار وابن زرب إلى أن للحاضن أن يزوجها في حياة الأب إذا كان غائباً ولا يكون [٢٨٧/ ب] إنكاحهن إلا برضاهن، خلاف ما وقع في كتب بعض الموثقين، وتأول على المدونة أنه يكون بغير رضاهن، وهو وهم منه أو من النقلة عنه. انتهى.

وظاهر المدونة أنه أحق من الأخ ونحوه، وبه قال ابن عيشون، فإنه قال: والكافل أحق من أخيها لأبيها وأمها. وفي البيان: المشهور المعلوم من المذهب أن الولي أحق بالنكاح من الحاضن إلا أن يكون الحاضن وصياً.

ابن عبد السلام: هل الكافل أحق من سائر الأولياء كان لها أب أم لا؟ أو إنما يكون أحق بها فيما عدا الأب؟ قولان، قال: واختلف في المرأة الكافلة هل تكون كالوصية فتقدم من يزوج أو لا ؟ واقتصر ابن راشد وغيره على أن المرأة ليس لها أن توكل.

ابن راشد: وهي في ذلك بخلاف الرجل. وذكر **ابن راشد** في موضع آخر أنه اختلف في الرجل الكافل هل له أن يوكل أم لا؟ وكذلك اختلف في الكافل إذا زوج المكفولة ثم يموت زوجها أو يطلقها هل تعود ولايته عليها؟ فقال ابن عتاب: تعود. وقال ابن القطان: لا تعود. وقال ابن الطلاع في وثائقه: إن كان خيراً فاضلاً عادت، وإلا لم تعد.

ابن عبد السلام: وقيل: إن عادت إلى كفالته عادت ولايته وإلا فلا.

فرعان:

الأول: ذكر بعض الموثقين أن حدَّ الكفالة التي توجب للكافل عقد النكاح عشر سنين.

أبو الحسن: وعندي أنه لا حدَّ لذلك إلا ما يرى أنه يوجب من الحنان والشفقة مثل ما للولي أو يقرب. ونقل عن الشيخ أبي محمد صالح أن أقلها أربعة أعوام.

الثاني: اختلف في ولاية الكفالة هل هي عامة في الشريفة والدنية أو خاصة بالدنية؟ وهو ظاهر المدونة، لقوله: وأما كل امرأة لها بال وغنى وقدر فإن مالكاً قال: لا يزوجها إلا وليها أو السلطان. وقياس قول مالك في إجازة نكاح الكافل أنه يجوز بيعه له، لكن نص مالك في كتاب القسم على أنه لا يجوز بيعه له ولا قسمته عليه، وأجاز في كتاب القسم قسم ملتقط اللقيط عليه ومنع ذلك أصبغ.

قوله: (**وَقِيلَ: يَمْضِي مُطْلَقاً**) **ابن عبد السلام**: يعني أنه لا يحتاج في تزويج الأجنبي من لا قدر لها أن يكون كافلاً.

فَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ غَائِباً فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْحَاكِمُ كَالْوَلِيِّ، ويَبْعَثُ إِلَيْهِ فِيمَا قَرُبَ، وَعَنْ مَالِكٍ: ينظر الْوَلِيُّ مَا لَمْ يَتَطَاوَلْ بِالأَوْلادِ....

يعني: فإن زوج الأجنبي وكان الولي غائباً وهذه المسألة ذكرها في المدونة فيما إذا كان لها وليان ففيها: وإن غاب الأقرب وأراد الأبعد فسخه نظر السلطان، فإن كانت غيبة الأقرب قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل، وإن كانت غيبة بعيدة فنظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة وكان أولى من الولي الحاضر.

اللخمي: وإذا كتب الغائب في الغيبة القريبة وقف الزوج عن المرأة.

الباجي: وكتب مالك إلى ابن غانم أن السلطان لا ينظر فيه إلا أن يقوم الولي فيطلب الفسخ إلا فيما تطاول مع الأولاد، وهذا هو القول الثاني الذي ذكره المصنف.

اللخمي: ولمالك في الموازية أن السلطان لا ينظر - قربت غيبة الولي أو بعدت - حتى يقدم الولي، فإن قدم وخاصم وكانت المرأة ممن لها العشيرة وأهل البيوت لم يجز ذلك إلا في شيء قد فات وتزوجها كفء. وقال مالك أيضاً: للمرأة إذا كان الولي غائباً أن تأمر رجلاً يزوجها فيجوز ذلك إذا لم تضع نفسها في دناءة. قيل له: ولا ترفع إلى السلطان. قال: ليس كل امرأة تقدر أن ترفع إلى السلطان.

وَلا وِلايَةَ لِرَقِيقٍ عَلَى ابْنَتِهِ ولا غَيْرِهَا، وَيَقْبَلُ لِنَفْسِهِ ولِمُوَكِّلِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وبِغَيْرِ إِذْنِهِ....

للولي ثمانية شروط، ستة متفق عليها، **واثنان** مختلف فيهما، **فالستة** أن يكون حراً، بالغاً، عاقلاً، ذكراً، حلالاً، مسلماً، أعني: إذا كانت وليته مسلمة، لأن الكافر يجوز أن

يعقد نكاح وليته الكافرة لمسلم. **والاثنان المختلف فيهما**: أن يكون رشيداً، عدلاً. وتكلم المصنف عليها كلها. ومراده بالرقيق: القنّ، ومن فيه عقد حرية، وإنما قال: **(وَلا غَيْرِهَا)** ولم يقتصر على البنت؛ لأن ولاية البنت إجبار، فقد يتوهم أنه إنما منع من الإجبار، فإن تولى العقد فقال مالك: يفسخ - ولو ولدت الأولاد - بطلقة، ولو أذن له الولي أو كانت دنية. ويتخرج فيها قول آخر أنه يفسخ بغير طلاق للغلبة على فسخه.

أصبغ: ولا ميراث في النكاح الذي تولى العبد عقده وإن فسخ بطلقة لضعف الاختلاف فيه. قال فيها: ولا يقدم المكاتب من يزوج إماءه.

وقوله: **(وَيقْبَلُ لِنَفْسِهِ)** يعني أن الشروط إنما تعتبر من جهة ولي الزوجة.

وقوله: **(بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وبِغَيْرِ إِذْنِهِ)** يعود على قوله: **(لِمُوَكِّلِهِ)** وإنما جاز ذلك لأنه أمر خفيف ولا مضرة على السيد فيه، ويحتمل أن يرجع إليه وإلى موكله؛ لأن عقده أيضاً على نفسه صحيح، وإنما يتوقف أيضاً على إجازة السيد.

وَلا صَبِيٍّ، ولا مَعْتُوهٍ

لاشتراط البلوغ والعقل.

وَتَنْتَقِلُ إِلَى الأَبْعَدِ

أي: إذا كان الأقرب صبياً أو رقيقاً أو مجنوناً.

وَلا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ولا امْرَأَةً غَيْرَهَا، بَلْ تلي عَلَى عَبْدِهَا وعَلَى الذَّكَرِ الْمُوصَاةِ هِيَ عَلَيْهِ....

لاشتراط الذكورية. وما ذكره من أنها تعقد على عبدها أو **(عَلَى الذَّكَرِ الْمُوصَاةِ هِيَ عَلَيْهِ)** أي: تقبل لهما، هو قول ابن القاسم في العتبية والواضحة، وهو المشهور المعروف، [٢٨٨/ أ] وحكى عبد الوهاب قولاً بأنها لا تقبل للذكر وكذا العبد في القولين.

وَتُوَكِّلُ الْمَالِكَةُ وَالْمُعْتِقَةُ وَالْوَصِيَّةُ وَلِيَّهَا أَوْ غَيْرَهُ

لا إشكال في هذا في المالكة والوصية، وكانت عائشة رضي الله تعالى عنها وصية على أيتام، فكانت تختار الأزواج وتقدر الصداق، ثم تقول: **اعقدوا فإن النساء لا يعقدن**. وما ذكره المصنف قرره ابن راشد ونص عليه ابن شاس وابن فتحون في وثائقه والمتيطي وابن بطال في أحكامه.

عياض: قوله - يعني في المدونة - في المرأة: إذا وكلت رجلاً يزوج وليتها جاز، فإن معناه عند أكثر أئمتنا: مولاة لها أو من تلي عليها بإيصاء. ونقله ابن عبد السلام عن بعض الأندلسيين من الموثقين وغيرهم.

ابن عبد السلام: والصواب أن الولاية لأولياء المعتقة دون من تقدمه هي في حياتها ودون ابنها بعد موتها، وذلك بين من الموطأ وكلام المتقدمين، وقد عرضته على من يوثق به من أشياخي فوافق عليه. انتهى.

وَيُوَكِّلُ الْعَبْدُ الْمُوصَى إِلَيْهِ

هكذا نقل الباجي عن مالك.

وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ بلا وَلِيٍّ فِي الْجَمِيعِ وَلَوْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ وَلَوْ بَعْدَ الطُّولِ وَالْوِلادَةِ بِطَلاقٍ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ، وبِغَيْرِ طَلاقٍ عَنِ ابْنِ نَافِعٍ ...

يعني: أن النكاح إذا انعقد بين الزوجين من غير ولي ولا أجنبي، فلا بد من فسخه أجازه الولي أم لا، طال أو لم يطل، وسيأتي مأخذ القولين في فسخه هل بطلاق أم لا ؟

وَالإِحْرَامُ مِنْ أَحَدِ الثَّلاثَةِ مَانِعٌ

(الثلاثة) هي الزوج والولي والزوجة.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّ كفر الْجِزْيَةِ يَسْلُبُ مِنَ الْوَلِيِّ الْوِلايَةَ عَنِ الْمُسْلِمَةِ كَغَيْرِهِ

مقتضى كلامه أن المسلمة إذا كان لها ولي كافر فإن لم يكن من أهل الجزية كالمرتد، والحربي فلا ولاية له باتفاق، وإن كان من أهلها فالمشهور كذلك. وقيل: له الولاية. والمقطوع به من المذهب أن الكافر لا ولاية له على المسلمة أصلاً، وقد حكى ابن بشير على ذلك الاتفاق.

وفي قول المصنف (**كفر الْجِزْيَةِ**) نظر؛ لأن المشهور عندنا أن كل كافر تؤخذ منه الجزية إلا المرتد، فليس لنا كفر لا تؤخذ فيه الجزية.

ابن راشد: وأخبرني الشيخ الفقيه القاضي أبو عبد الله ابن الشيخ أبي عبد الله الزواوي أنهم وجدوا في بجاية كتباً لبعض الأندلسيين وفيها أن الكافر من أهل الجزية تكون له الولية أو قال: له البنت المسلمة فإنها لا تزوج بغير أمره ورضاه. قال: ورأيت بعد ذلك المسألة في أحكام ابن بطال، ونص كلامه: قال ابن حبيب وغيره: لا يجوز للنصراني إذا كانت له بنت مسلمة أو أخت كذلك أن يزوجها ولا يستخلف من يزوجها ولا يطلب في ذلك رضاه، وليس هو ولي في حال نصرانيته، فإن جهل وزوج ابنته المسلمة أو استخلف مسلماً زوجها فسخ النكاح أبداً قبل البناء وبعده. وقال أصبغ: إنما لا يجوز للنصراني أن يزوج أخته المسلمة إذا كان من أهل الصلح، وأما من يصير ميراثه للمسلمين منهم إذا مات فهو يزوجها، وهذا مراد المصنف. انتهى.

الباجي عن ابن القاسم: ولا يعتبر رضا الكافر في تزويج ابنته المسلمة.

وَكَذَلِكَ الْعَكْسُ عَلَى الْمَشْهُورِ

مراده بالعكس أن يكون الولي مسلماً والمرأة كافرة، فلا ولاية لمسلم عليها على المشهور. واختلفت طرق الشيوخ في نقل هذه المسألة، فمنهم من نقل مثل المصنف أن

المشهور سقوط الولاية، والشاذ ثبوتها. ومنهم من حكى ثلاثة أقوال: هذين القولين، والفرق، فيزوجها من مسلم ولا يزوجها من كافر، وهو قول ابن وهب. وقال ابن حبيب: يزوجها من نصراني إذا لم تكن من نساء أهل الجزية.

وحكى في البيان في المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: إن كانت من أهل الصلح لم يكن له أن يزوجها، وإن لم تكن من أهل الصلح جاز، كان عليها جزية أو لا، وهو قول مالك في العتبية على ما فسره ابن القاسم.

الثاني: لا يجوز له أن يزوجها كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، وهو قول ابن القاسم، لأنه قال: لا يزوج المسلم النصرانية كانت بنته أو أخته أو مولاته.

والثالث: له أن يزوجها، كانت من أهل الصلح أو لم تكن، كانت عليها جزية أو لم تكن، إلا أن تكون من أهل الصلح فيكونوا أولى بتزويجها منه إن شاحوه؛ لأنهم إنما صالحوا وبذلوا الجزية على أن يخلى بينهم وبين نسائهم، وهو قول ابن القاسم في سماع زونان. وذهب ابن لبابة إلى أنه لا اختلاف في هذه المسألة، وأن أقوالهم ترجع إلى أنها إن كانت ممن عليه الجزية فلا يزوجها المسلم كانت من أهل الصلح أو لم تكن، وإن لم تكن عليها جزية فيزوجها. ويحمل ما وقع في القول الثاني على المولاة التي أعتقها وهو نصراني، ويحمل ما في سماع زونان على أنها معتقة لمسلم.

إلا الْمُسْلِمَ فِي أَمَتِهِ ومُعْتَقَتِهِ

قوله: (**إلا الْمُسْلِمَ فِي أَمَتِهِ ومُعْتَقَتِهِ**) هو المشهور، وعن أبي مصعب لا يزوج أمته النصرانية، وخرجه اللَّخْمِيّ في المعتقة.

عياض: ولا يلزم إذ قد تكون علة أبي مصعب ألا يعقد نكاح أمته لنصراني بخلاف عقد نكاحه للمعتقة من مسلم.

اللخمي: والقياس في الأمة المنع. فإن قيل: إنما جاز في الأمة لأنها ماله. قيل: النكاح يفتقر إلى ولاية بدليل أنها لو كانت لعبد أو امرأة لم يجز لهما أن يعقدا. والمشهور هنا [٢٨٨/ ب] شبيه بالمشهور في سقوط الجزية عن معتق المسلم كما تقدم.

وَعَلَى السَّلْبِ يُزَوِّجُ الْكَافِرَةَ وَلِيٌّ كَافِرٌ ثُمَّ أَسَاقِفَتُهُمْ لِكَافِرٍ أَوْ مُسْلِمٍ

أي: وعلى المشهور من سلب ولاية المسلم عن وليته الكافرة يتولى العقد عليها وليها الكافر. وما ذكره المصنف من أنه يعقد وليها الكافر لمسلم نص عليه في المدونة.

خليل: وانظر ما معنى العطف بقوله (**ثُمَّ أَسَاقِفَتُهُمْ**) وإن كان المصنف قد تبع ابن شاس ونحوه لأصبغ إذا أنَّا لا نتعرض لهم في أحكامهم إلا أن يكون عندهم أن الولي يقدم على الأساقفة، فعطف بـ (**ثُمَّ**) على ما هو الواقع عندهم. قالوا: ولا يتولى السلطان ذلك إذا لم يكن لها ولي، ويجبر أهل دينها على ذلك إن دعت إلى كافر لأنه من التظالم، ولم يجبرهم على إنكاحها من مسلم.

فَإِنْ عَقَدَ لَهَا وَلِيُّهَا الْمُسْلِمُ لِكَافِرٍ لَمْ يُعْرَضْ لَهُ

لأنا لم نتعرض لهم في الزنا إذا لم يعلنوه، فأحرى النكاح.

ابن القاسم: وقد ظلم المسلم نفسه لما أعان على ذلك.

فرع: وأما إن عقد لها على مسلم فإنه يفسخ. وقال أصبغ: لا يفسخ.

وَاخْتُلِفَ فِي السَّفِيهِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَعْقِدُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ. وقَالَ أَشْهَبُ: يَعْقِدُ إِنْ كَانَ ذَا رَأْيٍ إِذَا لَمْ يُوَلَّ عَلَيْهِ. وقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: يَعْقِدُ وَلِيُّهُ، فَإِنْ عَقَدَ فَلَهُ إِجَازَتُهُ ورَدُّهُ....

حاصله أن ابن وهب رأى أن الحجر عليه يمنع من عقد النكاح. واتفق ابن القاسم وأشهب على أن له الولاية، ثم اختلفا، فقال ابن القاسم في الموازية: لا يستقل بها ولكن

يعقد بإذن وليه. زاد الباجي في قوله: إلا السفيه الضعيف فهو كالميت. وقال أَشْهَب في العتبية: يتولى العقد بشرطين: أن يكون ذا رأي، وأن يكون مهملاً لا وصي عليه ولا تحجير من جهة الحاكم.

ونقص المصنف من قول ابن القاسم ولا السفيه الضعيف، والمراد بالسفيه الضعيف هو الذي لا رأي له، ونقص أيضاً من قول ابن وهب أمرين: أحدهما أنه قال بإثر ما نقله المصنف عنه: ويستحب للولي أن يحضره ولا تضر غيبته. وثانيهما أنه قال: وإن لم يكن له ولي فإنكاحه ماضٍ إن كان صواباً.

محمد: وقوله صواب، إلا قوله: فإن لم يكن له ولي جائز، وذلك سواء كان له ولي أم لا، ينظر فيه بالاجتهاد فيرد أو يجيز، وذكر ابن مغيث في وثائقه عن أَشْهَب أن إنكاح السفيه لوليته جائز، وإن كان مولى عليه.

الباجي: ففرق ابن وهب بين المحجور عليه وغيره، وسوَّى محمد بينهما وقال: لا يرد إلا بوجه بين.

ابن زرقون: وقال أبو مصعب في المحجور عليه أن النكاح فاسد، يفسخ قبل البناء وبعده، وهو راجع للاختلاف في النكاح الموقوف.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْفِسْقَ لا يَسْلُبُ إِلا الْكَمَالَ

الباجي: مذهب مالك وأبي حنيفة أن الفسق لا ينافي الولاية. وفي اللخمي: أجاز ابن القصار أن يكون فاسقاً. وكرهه عبد الوهاب مع وجود عدل وإن عقد جاز، والشاذ حكاه ابن شاس ولم أره إلا أن ابن بشير قال: هل يصح أن يكون الفاسق ولياً أم لا؟ وذكر اللَّخْمِيّ القولين، والذي في المذهب الخلاف في كونها شرطاً في الكمال لا في الإجزاء، ولعل هذا الخلاف في شهادة لأن من الناس من لا يرضى لوليته إلا بما يعود لصلاحها لا نفقته وحميته، ومنهم من لا يلتفت إلى ذلك، والذي رأيته في اللَّخْمِيّ هو ما قدمته.

ابن عبد السلام: وبقي في تصوير المشهور أن سلب الكمال إن أريد به تقديم الأبعد العدل على الأقرب الفاسق فبعيد، وإن أريد رجحان العدل المساوي في القرابة على مساويه الفاسق فيها فقريب.

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الزَّوْجِ الْعَبْدَ، والصَّبِيَّ والْمَرْأَةَ والنَّصْرَانِيَّ عَلَى الأَصَحِّ، بِخِلافِ الْوَلِيِّ فَإِنَّهُ لا يُوَكِّلُ إلا مَنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ لَوْ كَانَ وَلِيّاً....

يعني: يشترط في توكيل ولي الزوجة أن يصلح أن يكون ولياً، وأما الوكيل من جهة الزوج فلا يشترط فيه ذلك على الأصح. وقيل: يشترط في وكيله ما يشترط في وليها. وأنكر بعضهم وجوده في المذهب.

ابن شاس: ثم يقول الولي للوكيل بالقبول: زوجت من فلان. ولا يقل زوجتك. وليقل الوكيل: قبلت لفلان. ولو قال قبلت لكفى إذا نوى بذلك موكله.

وَلابْنِ الْعَمِّ والْمُعْتَقِ والْحَاكِمِ ووَكِيلِهِمْ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدِ النِّكَاحِ بِالإِذْنِ لَهُ مُعَيَّناً عَلَى الْمَشْهُورِ ....

لم يثبت في كل النسخ قوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) وهي زيادة صحيحة، ثم هي يحتمل أن تعود إلى قوله (**يَتَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدِ النِّكَاحِ**) ويحتمل أن يعود إلى قوله (**مُعَيَّناً**).

وحكى اللَّخْمِيّ عن المغيرة منعه إلا أن يوكل غيره يزوجها منه. وعلى المشهور ففي الجلاب: فينبغي للولي أن يشهد على رضاها احتياطاً من منازعتها، فإن لم يشهد على ذلك والمرأة مقرة بالنكاح فهو جائز، ولفظ ذلك أن يقول لها: قد تزوجتك على صداق كذا وكذا وترضى به.

وقد تقدم أن المشهور: ليس له أن يزوجها من نفسه إلا أن تأذن له معيناً، وأن في المذهب قولاً آخر: أن له ذلك وإن لم تعين. والاحتمال الأول أقرب إلى هذه المسألة؛ لأن هذه المسألة تقدمت.

فإن قيل: إنما أعادها ليؤخذ منه القول الشاذ. **قيل**: لا شك أن الأول أكثر فائدة؛ لأنه يؤخذ منه حكم مسألة مستقلة. ويقع في بعض النسخ ما نصه: بالإذن على المشهور معيناً، وحينئذ يتعين حمله على الوجه الثاني؛ لأن قوله: [٢٨٩/ أ] معيناً؛ من صلة المصدر وهو الإذن، فلو حملناه على الأول لزم الفصل بين المصدر وصلته بأجنبي، وهو غير جائز.

فروع:

الأول: الوصي يلحق بمن ذكر، لكن كره مالك لوصي الأب أن يزوج محجورته من نفسه أو من ولده. قيل: ومقدم القاضي أشد في الكراهة، فإن فعل نظر السلطان فيه، فإن كان غبطة لها أمضاه.

محمد: ينظر فيه عند البناء، وروى ابن حبيب عن مالك أنه يكمل لها صداق المثل. وقال ابن حبيب: لا يجوز ذلك ابتداءً، فإن فعل نظر في ذلك السلطان، كما قاله مالك في اشترائه مال محجوره. وقال غير واحد: وإذا تزوج فلا بد أن يضمن العقد معرفة السداد، ومعرفة الإيصاء والصداق؛ لأن الوصي يتهم في محاباة نفسه.

الثاني: إذا وكل الأب من يعقد نكاح ابنته البكر فهل على الوكيل أن يستأمرها أم لا؟ روايتان، والذي ذهب إليه عبد الملك والتونسي أنه لا يستأمرها ولا يسمع منها. وفي وثائق ابن عفيف: ليس للوكيل تزويجها إلا بسامعين برضاها إلا أن يقول الأب في توكيله أنه وكيله وكالة تامة مفوضة أقامه بها مقام نفسه، وأنزله منزلته، فلا يحتاج إلى السماع حينئذ.

وظاهر الخلاف أنه في حضور الأب وغيبته، لأن ابن عات قال: إذا غاب الأب بعد التوكيل كان ذلك يعني دخول الخلاف أحرى.

الثالث: إذا كان الولي في غير بلد وليته، فأراد أن يوكل على عقد نكاحها، وطلب من القاضي الخطاب، فعلى القاضي أن يكلفه إثبات ولايته ومنزلته من المرأة، فإذا ثبت ذلك عنده فحينئذ يخاطبه.

الرابع: إذا طال أمد الوكالة ستة أشهر ونحوها لم يعقد حتى يجددها إلا أن ينص الموكل أنها بيده على الدوام.

وَالإِشْهَادُ شَرْطٌ فِي جَوَازِ الدُّخُولِ لا فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ

لما في المدونة من رواية ابن وهب أن حمزة بن عبد الله خطب إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما. قال فيها: وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لرجل: «**ألا أنكحك آمنة بنت ربيعة بن الحارث. فقال: بلى يا رسول الله. فقال: قد أنكحتك إياها. ولم يشهد**».

قال ابن المواز: وقد فعل ذلك ابن عمر رضي الله تعالى عنهما حين زوج ابنته سودة من عروة. أخبرنا به غير واحد، وما ذكرناه من لفظ المدونة آمنة، كذلك رواه جماعة.

عياض: والمعروف (أميمة)، بميمين. وقد قيل في غير المدونة (أمامة)، وكذلك ذكره البغوي في هذا الخبر بعينه، والبخاري في تاريخه، وإذا لم يشترط الإشهاد في العقد فهو أفضل.

ابن عبد السلام: ويتخرج في المذهب قول آخر بعدم صحة النكاح الذي لم يشهد فيه من الخلاف في تفسير نكاح السر. انتهى.

وفي التنبيهات: مشهور مذهبنا أن الإشهاد ليس بشرط في صحة العقد. وفي كتاب القزويني عن مالك ما ظاهره أن الإشهاد شرط في العقد كقول المخالف.

اللخمي وابن يونس وابن رشد: ويستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه. روى الترمذي والنسائي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف**». وروي أيضاً عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**فصل ما بين الحلال والحرام الدّفّ والصوت**».

فَإِنْ دَخَلَ قَبْلَهُ فُسِخَ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ. وقِيلَ: وَيُحَدَّانِ إِذَا ثَبَتَ الْوَطْءُ مَا لَمْ يَكُنْ فَاشِياً. وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: مَا لَمْ يَجْهَلا....

ما ذكره من الفسخ بطلقة بائنة نص عليه مالك في الموازية، وهو واضح. أما كونه بطلاق؛ فلأن عقده صحيح عندنا، وأما كونها بائناً فلأنه من الطَّلاق الحكمي. وقاعدة المذهب أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين: طلاق المولي وطلاق المعسر بالنفقة.

ودلت الواو في قوله (**وقِيلَ: وَيُحَدَّانِ**) على أن هذا القائل يضم إلى الفسخ بطلقة بائنة الحد إن ثبت الوطء بإقرار أو بينة، ما لم يكن فاشياً. وأن ابن القاسم لا يعتبر الفشو في إسقاط الحد، وإنما يعتبر جهلهما بحكم الشهادة خاصة. ومقتضى كلامه أن المذهب سقوط الحد عنه في كل صورة، وهذا شيء لا يقوله أحد، بل إن حصل الفشوُّ والجهل فالاتفاق على سقوط الحدِّ، وإن انتفيا فالاتفاق على ثبوته. قاله ابن بشير وابن عبد السلام.

واختلف إذا وجد أحد الوصفين، والقول باعتبار الفشو في إسقاط الحد لابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب، والقول باعتبار الجهل لابن القاسم كما ذكر المصنف.

ابن الماجشون وأصبغ: والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو باسم النكاح كالفشو في إسقاط الحد.

وَلا تُفِيدُ شَهَادَةُ الْوَلِيِّ لهما كَمَا لا تُفِيدُ عَلَى إِذْنِهَا

يعني أن الولي إذا شهد لهما بالتزويج لا تفيد شهادته شيئاً؛ لأنه يتهم على إرادة الستر على وليته، وكذلك أيضاً لا تعتبر شهادة الولي على أنها أذنت له؛ لأنه يتهم على تصحيح فعل نفسه.

وَنِكَاحُ السِّرِّ بَاطِلٌ

لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن نكاح السر.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ الْمُتَوَاصَى بِكَتْمِهِ وَإِنْ أَشْهَدَا فِيهِ، [٢٨٩/ب] فَيُفْسَخُ بَعْدَ الْبِنَاءِ وَإِنْ طَالَ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَقِيلَ: هُوَ الَّذِي دَخَلَ وَلَمْ يُشْهَدْ فِيهِ....

المشهور مذهب المدونة أن نكاح السر هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد.

وقال يحيى بن يحيى: لا يكون نكاح سر ما عقد بشاهدين، وإنما هو ما عقد بغير بينة، أو بشهادة امرأتين، أو رجل وامرأتين. يريد: ودخل فيه من غير شهادة، وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد. ولو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد فإنه صحيح ويؤمرون بإشهاره.

وأشهب: وهذا إذا لم تكن له نية، وإن نكح على نية الاستكتام بعد العقد فليفارق.

وقال أصبغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلا ضمير نفسه؛ لأنه لا بأس أن يتزوج ونيته أن يفارق. واختلف هل الأمر بذلك على قول أَشْهَب استحباب وهو مذهب ابن رشد ؟ أو وجوب وهو مذهب التونسي؟

ابن حبيب: وإن اتفق الأولياء والزوج على الكتمان، ولم يعلموا الشهود فهو نكاح سر.

مالك في الواضحة: ولا فرق بين أن يسألوا الشهود أن يكتموا ذلك من امرأة أخرى، أو يكتموا ذلك في المنزل الذي نكح فيه، ويظهروه في غيره، أو يكتموا ثلاثة أيام ونحوها، وذلك كله نكاح سر. وإذا فرَّعنا على المشهور فلو وقع، ففي البيان: المشهور: يفسخ بعد البناء، إلا أن يطول بعده فلا يفسخ. وكذلك نقل ابن حبيب عن مالك وأصحابه، قال: وقيل أن النكاح صحيح يثبت قبل البناء وبعده، ويؤمر الشهود بإعلان النكاح، وهو قول يحيى بن يحيى. انتهى.

وهذا لا يحسن أن يكون مقابل المشهور في كلام المصنف، لأن يحيى يخالف في تفسير نكاح السر ابتداءً، والخلاف الذي حكاه المصنف إنما هو مبني على المشهور، وإنما مقابل

المشهور في كلام المصنف على رأي اللَّخْمِيّ أنه يمضي بالعقد. فإن قيل: هل يصح أن يكون الشاذ في كلام المصنف ما قاله ابن الجلاب أنه يعلن في ثاني حال ويصح ؟ قيل لا؛ لقوله بعد ذلك: إذا لم يرد به نكاح السر.

وصاحب الكافي وإن لم يذكر هذه الزيادة فينبغي أن يقيد كلامه بها؛ لأنه كثيراً ما يأخذ من الجلاب. وفي الاستلحاق عن بعض من أكد به أنه رأى لأصحاب مالك أن نكاح السر جائز، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. انتهى.

وهذا يحتمل أن يكون إشارة إلى قول يحيى، ولم أر من قال بالفسخ بعد البناء والقول كما قال المصنف، غير أنه وقع في المدونة والمبسوط لمالك أنه يفسخ وإن دخلا.

وفي سماع أشهب: يفرق بينهما وإن دخل بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها. ولم يقل فيه **(وَإِنْ طَالَ)** كالمصنف.

ابن راشد: ولعل المصنف رأى هذه الرواية فحملها على الإطلاق.

خليل: ويؤخذ من كلام صاحب الاستلحاق أن ما وقع لمالك في سماع أَشْهَب محمول على إطلاقه. ونص أبو الحسن على أن ما حكاه ابن حبيب تفسير للمدونة، وكذلك أشار إليه المازري ونص على أن ما وقع في المبسوط يقيد أيضاً بعدم الطول بعد البناء. وقد ظهر لك أن قوله **(عَلَى الْمَشْهُورِ)** راجع إلى قوله: **(بَعْدَ الْبِنَاءِ)** وأن مقابله للخمي، ولا يرد إلى قوله: **(وَإِنْ طَالَ)**، وإن كان ابن عبد السلام زعم أنه الأولى، قال: وقد ذكر الخلاف كذلك غير واحد. لأنه تبين لك أن المشهور لا يفسخ بعد البناء والطول، ولكن يبقى. قول المصنف: **(وَإِنْ طَالَ)** ليس بجيد لاقتضائه أنه يفسخ على المشهور بعد البناء والطول.

ابن شهاب في المدونة: ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما. وقال مالك: لا يعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك، وإن أتيا بمعرفة أنه لا يصح عوقبا.

وَرَجَعَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ لا يُفْسَخُ نِكَاحُ الْخِيَارِ بَعْدَ الْبِنَاءِ لِلزَّوْجِ أَوْ لِلزَّوْجَةِ أَوْ لِلْوَلِيِّ أَوْ لَهُمْ بِخِلافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ....

يعني: أن نكاح الخيار ممنوع؛ لأن الخلاف في الفسخ بعد البناء مستلزم للمنع قبله.

اللخمي: وعلى القول بإجازة الخيار في الصرف اليوم واليومين يجوز مثل ذلك هنا، والنكاح في هذا أوسع من الصرف؛ لأن النكاح غير منعقد حتى تمضي أيام الخيار. وقال: ويجوز على خيار المجلس وبعد الافتراق فيما قرب، وهو في هذا أوسع من الصرف.قال صاحب الاستلحاق: ومن شيوخنا من يقول: إن كان الخيار في المجلس، فلم يختلف أصحابنا في جوازه، وإن كان الخيار يفترقان عليه كالبيع، فلا يختلف أصحابنا في منعه. ولابن القاسم في الموازية: إن شرط لها مشورة فلان الشيء القليل وهو حاضر بالبلد ويأتي من فوره جاز. وأخذ ابن القاسم بالقول المرجوع إليه أنه إنما يفسخ قبل البناء، وكان أولاً يقول بالفسخ أيضاً بعده، وهو أظهر؛ لأن فساده في عقده. قال في المدونة: ولها المسمى دون صداق المثل. **عياض**: وفي الأسدية لها صداق المثل.

وقوله: (**بِخِلافِ النِّكَاحِ إِلَى أَجَلٍ**) يعني فإنه يفسخ بعد البناء باتفاق، وهو نكاح المتعة بغير طلاق. وقيل: بطلاق، ويعاقب الزوجان ولا يبلغ بهما الحد، والولد فيه لاحق، وهل لها المسمى بالدخول أو صداق المثل؟ قولان.

اللخمي: والأحسن المسمى لأن فساده في عقده.

فرعان:

الأول: قال مالك: [٢٩٠/أ] لا خَيْرَ في نكاح النَّهاريّة؛ وهو أن يتزوج على أن لا تأتيه إلا نهاراً أو ليلاً.

ابن القاسم: ويفسخ ما لم يدخل، فإن دخل ثبت ولها صداق المثل ويسقط الشرط.

قال في البيان: وهو الذي يأتي على مذهب المدونة، وبه قال أصبغ، وحكاه عن مالك وأصحابه. وقال عيسى: يفسخ قبل الدخول وبعده.

واختلف: هل لها صداق مثلها أو المسمى ؟ والقول بصداق المثل أظهر لما في الشرط من التأثير في الصداق، ومن أهل العلم من يجيز نكاح النهارية، وهو قول الحسن وعطاء، ومنهم من يكرهه، وهو قول الحكم وابن سيرين. انتهى.

والفرق بينه وبين نكاح المتعة على قول ابن القاسم أنه دخل هنا على أن يكون النكاح بيده إلى أن يموت.

الثاني: أن يتزوج المسافر المرأة ليستمتع بها، ويفارقها إذا سافر، فإن شرطا ذلك فهو متعة، وإن لم يشترطاه ولكن فهمت المرأة ذلك، ففي جوازه ومنعه قولان لمالك ذكرهما اللَّخْمِيّ وغيره.

مالك: وإن تزوج لغربة أو ليقضي إربه ثم يفارق فلا بأس، وإن كان من النساء من لو علمت بذلك لم ترض.

وَفِي إِنْ لَمْ يَأْتِ بِالصَّدَاقِ إِلَى أَجَلِ كَذَا قَوْلانِ: مِثْلُهُ، وجَائِزٌ

(**مِثْلُهُ، وجَائِزٌ**) تفسير للقولين، والضمير المضاف إليه مثل عائد على نكاح الخيار، ويتبين لك ذلك بكلامه في المدونة، ونص التهذيب: ومن نكح على أن له الخيار أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يوماً أو يومين لم يجز، وفسخ قبل البناء لأنهما لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا، فإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى.

وكذلك الجواب في من تزوج المرأة على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، وإلا فلا نكاح بينهما. وقد كان مالك يقول فيها: إن النكاح يفسخ بعد البناء؛ لأن فساده في عقده. ثم رجع؛ فقال: أرى أن يثبت بعد البناء؛ فقول المصنف: (**مِثْلُهُ**) هو تشبيه

بالمشهور والذي رجع إليه مالك؛ لأنه قد تقدم أن المصنف إذا قدم مشهوراً ثم شبه فإنما يشبه في المشهور، ويبعد أن يريد بمثله جريان القولين، إذ لا يقال إن القول الأول في المسألة قولان، وإنما يحسن ذلك في الطريقة. ولمالك في الموازية في إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلا نكاح بيننا: أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل.فجعل لها صداق المثل خلاف ما في المدونة. قال في البيان: والخلاف إنما هو إذا أتى الزوج بالصداق قبل الأجل المشروط، وإن لم يأت الزوج بالصداق حتى انقضى الأجل أو حتى انقضت أيام الخيار فلا نكاح بينهما قولاً واحداً.

وقول المصنف: **(وجَائِزٌ)** لا يؤخذ منه هل يبطل الشرط أم لا؟ وقد حكى في البيان الأول عن أَشْهَب، وذكر عنه أنه قال: عليه المسمى. وحكى الثاني -أي أنه يجوز ويلزمه الشرط - عن سحنون، وقال: ومثله روى أَشْهَب عن مالك. وقد روي مثله عن ابن القاسم وأشهب وهو أظهر الأقوال. وفَهِم اللَّخْمِيّ والأكثرُ المدونةَ على أن النكاح منعقد. وحكى ابن عبد السلام عن بعضهم أنه فهمها على أن النكاح منحل، وإنما ينعقد عند إتيان الأجل، وليس بصحيح؛ لأنه لو لم ينعقد النكاح لم يقل مالك يفسخ؛ لأن فسخ غير المنعقد لا يصح؛ ولأنه لو كان كذلك لم يأت في المدونة بإثرها بمسألة تأجيل العقد؛ لأنها على هذا هي في المعنى. فإن قيل: قد نص مالك فيمن اشترى سلعة على أنه إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما على صحة البيع وبطلان الشرط، فلم لا يكون هنا كذلك ؟ قيل: لأن الخيار ينافي عقد النكاح بخلاف البيع.

فرع:

إذا قال في عقد النكاح: إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فأمرها بيدها؛ فروى ابن القاسم عن مالك في الموازية يفسخ قبل البناء ويثبت بعده. قال في البيان: وإذا ثبت بعده بطل الشرط وكان فيه المسمى.

وروى أَشْهَب عن مالك أنه جائز والشرط لازم. وقاله ابن القاسم وسحنون وأصبغ، وهو قول المدنيين. قال في البيان: وهو أظهر. ومثله روى أَشْهَب عن مالك، وروى أيضاً مثله عن ابن القاسم.

وَكَذَلِكَ تَأْجِيلُ الْعَقْدِ عَلَى الْمَشْهُورِ مِثْلَ أَنْ يَتَرَاضَى الثَّلاثَةُ عَلَى أَنَّهَا زُوِّجَتْ بَعْدَ شَهْرٍ....

قوله (**كَذَلِكَ**) أي: مثل نكاح الخيار في المنع تأجيل العقد على المشهور. و(الـ) في (**الثَّلاثَةُ**) للعهد، والمراد بالثلاثة الزوج والزوجة والولي. وقلنا للعهد لتقدم ذكرهم في نكاح الخيار.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون المعهود هنا المعهود الذهني، وذلك لأنه علم أن النكاح لا يتم إلا بالثلاثة. والمشهور مذهب المدونة؛ ففيها: ومن قال لامرأة: إذا مضى شهر فأنا متزوجك. فرضيت هي ووليها، فهذا النكاح باطل لا يقام عليه. واختلف في فهمها، ففهم الأكثرون أن المنع إنما هو لتوقيت الإباحة بزمان دون زمان، فكان كالمتعة، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف، ونقله صاحب النكت عن غير واحد من القرويين. وفهمها صاحب البيان على أنه ليس هناك عقد منبرم، وإنما هو عقد فيه خيار، والبطلان فيه إنما هو من معنى [٢٩٠/ ب] المسألتين اللتين قبله، ويُقوِّي ذلك ما وقع في أصل المدونة: فأنا أتزوجك. والعقود إذا وقعت بصيغة المضارع لا يلزم بها حكم، وغايتها أن تكون وعداً، ولو كان العقد منبرماً لقال: قد تزوجتك. وللأول أن يقول: لا فرق هنا بين الماضي والمضارع؛ لأنهما واقعان في جواب الشرط، والشرط وجوابه لا يكونان إلا مستقبلين في المعنى. **ابن راشد**: ولم أقف على مقابل المشهور.

الزَّوْج

يشترط فيه شروط الصحة وشروط اللزوم، فشرط الصحة أن يكون مسلماً لامتناع استيلاء الكفار على المسلمين، وأن يكون خالياً من الموانع التي يأتي بيانها في باب الزوجة كالإحرام والمرض.

وأن يكون مميزاً، فلا ينعقد نكاح المجنون والصغير غير المميِّز. وفي انعقاد نكاح السكران خلاف. ثم هل الخلاف فيمن معه تمييز؟ وأما من لا تمييز معه فلا يلزمه بالاتفاق والخلاف فيمن لا ميز له، وأما من معه ميز فيلزمه طريقان، وألا يكون خنثى مشكلاً، فإن كان كذلك فالمنصوص أنه لا يَنْكِح ولا يُنْكح.

ابن راشد: وقيل يطأ السراري.

ابن أخي هشام: فإن مات اشتريت له جارية تغسله. واستحسنه أبو عمران.

وأما شروط اللزوم: فالرشد والبلوغ والحرية، فإن تزوجوا بغير إذن وليهم فله الرد، وكذلك أيضاً يشترط الطوع.

محمد: وأجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكرهة، ولا يجوز المقام عليه. وفي قياس بعض مذهب مالك أنه يجوز للمكره إمضاؤه آمناً مطمئناً، وفي قياس بعض مذاهبهم أنه يجوز بحدثان ذلك وإلا لم يجز، وكذلك أولياء المرأة، وإنما للمكره أن يجبر على هذا القول على المسمى، وإن كان أكثر من صداق المثل؛ لأن بذلك رضيت، فإن لم يكن وطئ - يعني بإذنها - وكذلك يكون لولي المرأة إجازة نكاحها على ما رضي به وإن كان أقل من صداق مثلها.

وَيُزَوِّجُ الأَبُ والْوَصِيُّ والْحَاكِمُ الْمَجْنُونَ والصَّغِيرَ إِنِ احْتَاجَ

يعني: لمن له النظر على الصغير أن يزوجه، سواء كان له النظر بالأصالة وهو الأب، أو بنيابة وهو الوصي والحاكم.

عياض: ولا خلاف في جواز إنكاح الأب ابنه الصغير والمجنون، وقيد ذلك في كتاب الخلع، وذلك بما إذا كان فيه غبطة ورغبة كنكاحه من المرأة الموسرة. وفي إجبار الوصي الصغيرَ ثلاثة أقوال: ألحقه بالأب في المدونة، وكذلك وصي الوصي، وقال في الموازية: ليس في هذا نظر، ولا يعجبني. وفرق المغيرة فقال: إن كانت المرأة ذات شرف أو ابنة عم فله الإجبار وإلا فلا.

عياض: وإليه يرجع ما في المدونة والموازية بدليل كلامه في كتاب الخلع.

خليل: وأجرى بعضهم هذه الثلاثة في الأب.

ابن راشد: ولم أر في الحاكم خلافاً، وينبغي أن يجوز له ذلك بلا خلاف، لأن الحاكم لا يفعل ذلك إلا بعد أن يثبت عنده أن في ذلك مصلحة.

عياض: ولا يزوج الصغيرَ غير الأب والوصي على المشهور من المذهب، إلا ما وقع في كتاب يحيى بن إسحاق. ولابن كنانة في أخٍ زوَّج أخاً له صغيراً يليه، وليس بوصي عليه أنه يمضي ويلزمه، وذكر عن مالك فسخه إلا أن يطول بعد الدخول.

وأما المجنون فلمالك في مختصر ما ليس في المختصر: أعجب إليَّ ألا يُزوَّج المغلوب على عقله، وما رأينا أحداً زوَّجه. وقال اللخمي: إن خيف منه الفساد زُوج لأن الحدَّ وإن سقط عنه فلا يعان على الزنا. وإليه أشار بقوله: (**إِنِ احْتَاجَ**).

وَفِي جَبْرِهِمْ السَّفِيهَ قَوْلانِ

القول بالجبر لابن القاسم في العتبية وابن حبيب، وأُخذ من قوله في المدونة في النكاح الأول آخر مسألة من يزوج ابنه البالغ أنه لا يلزمه إذا كان الابن قد ملك أمره. ونص الباجي على أنه المشهور، والقول بعدم الجبر هو منصوص عليه في كتاب إرخاء الستور، وهو قول عبد الملك وصححه صاحب النكت وغيره، وهو الصحيح لأنه يلزمه الطَّلاق، فإذا أجبر على ما لا يحب طلق، ويلزمه نصف الصداق من غير منفعة حصلت له.

وَمَنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ فَقِيراً فَالصَّدَاقُ فِي مَالِ الأَبِ حَيّاً ومَيِّتاً مُعَجَّلُهُ ومُؤَخَّرُهُ، ولا يَنْتَقِلُ إِنْ أَيْسَرَ. وقِيلَ: إِلا أَنْ يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَلَى الابْنِ ....

لما ذكر تزويج الصغير ذكر على من يكون الصداق، وذكر أن الابن إذا كان فقيراً أن الصداق على الأب سواء اشْتُرِط على الأب أو على الابن، أو لم يُشْترط على واحد منهما. وقيل: إن بين أنه على الابن فهو عليه. واكتفى المصنف بذكر الخلاف مع الاشتراط على الابن لأنه إذا كان المشهور أنه على الأب ولو اشترط على الابن فلأن يكون على الأب مع عدم الاشتراط، أو اشترط أن يكون عليه من باب أولى. وما ذكره أنه المشهور هو نص قول ابن القاسم في الموازية، وهو ظاهر المدونة؛ لأنه أطلق فيها كونه أنه على الأب، ووجهه بأنه لا مصلحة للابن في تعمير ذمته بالصداق مع فقره وعدم حاجته في الحال.

والشاذ لابن القاسم، وبه قال أصبغ وابن حبيب.

المتيطي: فهم جماعة المدونة عليه، وبه جرى العمل عند الشيوخ، أما إن كانا معاً [٢٩١/ أ] عديمين فروى أصبغ: لا شيء منه على الأب.

الباجي: والذي يقتضيه المذهب أنه مع الإبهام على الأب لأنه يتولى العقد.

واحترز بقوله (**فَقِيراً**) من الغني، فإنه فيكون على الابن سواء اشترطه عليه أو لم يشترطه إلا أن يشترط أنه على الأب، فيكون عليه على المعروف. وحكى بعض الموثقين أن الابن إذا كان له مال وحمل الأب الصداق عنه أن المرأة تخير إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وكان هذا نحى به منحى الحوالة إذا كانت على غير أصل دين، فإنها تنقلب حمالة على المعروف. وتخييره المرأة على هذا مبني على أحد قولي مالك أن لرب الدين أن يتبع الضامن أو المضمون عنه كما سيأتي.

وقوله: (**الصَّغِيرَ**) احترازاً من الكبير فإنه يكون على الابن، يريد: إذا كان رشيداً، وأما السفيه فكالصغير نص عليه اللَّخْمِيّ وغيره، وما قلناه من أن الصَّدَاق على الرشيد

هو قول يحيى بن سعيد في المدونة على فهم أكثر الشيوخ؛ لأن فيها: قال يحيى بن سعيد: ومن زوج ابنه صغيراً أو كبيراً ليس له مال، فالصداق على الأب عاش أو مات. فتأوله أكثرهم على الكبير السفيه، وكذلك نص عليه في الواضحة. وقال ابن يونس: ذلك سواء في السفيه والرشيد؛ لأن الأب تولى العقد، كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه إلا أن يقول: هو ينقدك دوني.

عياض وغيره: وهو ضعيف؛ لأن حكم الوكالة في النكاح مخالف لحكم الوكالة في البيع؛ لأن الوكيل إنما يلزمه دفع الثمن؛ لأنه يملك قبض العوض.

فرع:

ولو زوج الأب الرشيد فقال الابن: إنما ظننت أن يكون على الأب. وقال الأب: إنما أردت أن يكون على الابن. فقال مالك: يفسخ النكاح ولا شيء على واحد منهما.

محمد: بعد أن يحلفا، ومن نكَل منهما كان الصداق عليه.

ابن بشير: وهذا يحتمل أن يكون تفسيراً لقول مالك، ويحتمل أن يكون خلافاً، ويجري على حكم أيمان التهم؛ لأن الزوجة ووليها لا يحققان الصداق على أحد منهما.

وقال اللخمي: أرى إن نكلا أن يثبت النكاح ويغرم كل واحد منهما نصف الصداق، وإن لم ينظر في ذلك حتى دخل الابن حلف الأب وبرئ، ثم إن كان صداق مثلها مثل المسمى أو أكثر غرمه الزوج بغير يمين، وإن كان المسمى أكثر حلف الزوج وغرم صداق المثل.

فروع:

الأول: لو كان الصغير موسراً بالبعض دون البعض، فقال الباجي: لم أر فيه نصاً، وعندي أنه يكون في ماله من المهر قدر ما هو مليء به، ويكون في الزائد حكم من لا مال له.

الثاني: إذا زوج الصغير - ولا مال له - نكاح تفويض، ولم يفرض لها حتى بلغ فالصداق في مال الأب حياً وميتاً، قاله عيسى؛ يريد لأن الصداق كان ثابتاً حين العقد على الأب، وإنما تأخر تعيينه.

الثالث: إذا أذن لولده الفقير فعقده، وكتب الصداق ثم مات الزوج فطلبت الزوجة صداقها من الأب، فقالت: إذنك له في العقد كعقدك عليه.

قال ابن راشد: نزلت عندنا بقفصة، فأفتى الشيخ عبد الحميد بن أبي الدنيا بألا شيء على الأب، وهو الظاهر، وقد قالوا في السيد يأذن لعبده أنه لا يكون ضامناً بمجرد الإذن. انتهى.

الرابع: إذا زوج الصغير ولا مال له، وشرط الأب في عقد نكاحه أن يعطيه داراً أو مالاً، فقال بعض شيوخنا: الصداق على الابن لأنه صار موسراً بما أعطاه الأب. قال: وفي المسألة نظر؛ لأنه لم يتقدم يسره بهذا المال قبل النكاح.

ابن يونس: والصواب ما قاله الشيخ؛ لأنه معلوم أنه لم يتم العقد إلا بيسره فهو كما لو أيسر قبل العقد.

فَلَوْ بَلَغَ فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ رَجَعَ إِلَى الأَبِ النِّصْفُ

يعني: حيث كان الصداق على الأب فبلغ الابن فطلق المرأة قبل البناء، فإن النصف يرجع إلى لأب؛ لأنه لم يلزمه إلا على حكم الصداق.

وقيل: وهذا إنما هو على القول بأن المرأة إنما تستحق بالعقد النصف، وأما على القول بأنها تملك الجميع فالقياس أن يرجع نصف الصداق للزوج، وقوّى هذا القائل هذا التخريج، باختلاف ابن القاسم وابن الماجشون إذا خالع الابن قبل البناء على رد جميع الصداق، فقال ابن القاسم في الواضحة: جميعه للأب. وقال ابن الماجشون: للأب النصف وللزوج النصف.

اللخمي: والأول أصوب، لأن قصد الأب بحمل الصداق أن يراه ذا زوجة، فإن لم يتم ذلك عاد الصداق. قال في المتيطية: وبقول ابن القاسم الحكم.

ابن حبيب: ولو ألفي النكاح فاسداً لرجع الجميع للأب.

وَمِثْلُهُ مَنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ وضَمِنَ الصَّدَاقَ، وذُو الْقَدْرِ يُزَوِّجُ رَجُلاً وَيَضْمَنُ الصَّدَاقَ

يعني: إذا طلق الزوج في هاتين المسألتين قبل الدخول، فإن النصف يرجع إلى المزوج.

وَلا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ لأَنَّهَا حَمْلُ صِلَةٍ ولَيْسَ كَحَمَالَةِ الدَّيْنِ، ولا شَيْءَ عَلَى الزَّوْجِ كَمَا لَوْ قَالَ: بِعْ فَرَسَكَ مِنْهُ والثَّمَنُ عَلَيَّ، أَوْ بِعْهُ بِالْعَشَرَةِ الَّتِي وَهَبْتُهَا لَهُ وعَلَيَّ دَفْعُهَا إِلَيْكَ فَفَعَلَ فَلا شَيْءَ عَلَى الْمُبْتَاعِ، ولا رُجُوعَ لِلْبَائِعِ عَلَيْهِ فِي مَوْتٍ وَلا فَلَسٍ....

قوله: (**مِنْهُمْ**) أي: من [٢٩١/ ب] المزوج ابنه الصغير والمزوج ابنته. في ذي القدر؛ يعني: لا يرجع هؤلاء الثلاثة بما أدوا عن الزوج من نصف الصداق؛ لأنه حمل صلة وليس كحمالة الدين. والحمل: عطية لا رجوع فيها لمعطيها، ولا يطلب فيها إلا القربة. والحمالة هي الضمان. ولا يصح أن يحمل كلام المصنف: (**وَلا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ**) على معنى لا رجوع لأحد عن حمله؛ لأن قوله: (**ولَيْسَ كَحَمَالَةِ الدَّيْنِ**) يرده قوله: (**ولا شَيْءَ عَلَى الزَّوْجِ**) يحتمل أن يريد لا رجوع للخروج في المسائل الثلاثة على الزوج بما أدى. لكنه يبقى تكرار مع قوله أولاً: (**وَلا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ**) ويحتمل أن يكون المعنى ولا شيء على الزوج؛ أي للزوجة. ويكون ذكره لدفع توهم أن يقال أن الزوجة ترجع على الزوج لكونه لم يدفع لها شيئاً من عنده. ثم شبه ذلك بقوله (**كَمَا**... إلخ). ثم إن وقع النص على الحمل أو الحمالة فلا إشكال.

ابن عبد السلام: وإلا فأكثر الشيوخ يقولون: إن ما كان في العقد محمول على الحمل، وما كان بعده مختلف فيه هل على الحمل أو على الحمالة؟

وذكر بعض الموثقين أنه مختلف فيه في العقد، فإن مذهب ابن القاسم أنه محمول على الحمل. وروى عيسى أنه على الحمالة، وزعم بعضهم أن هذا الخلاف إنما هو في لفظ الضمان. انتهى.

وهذا الأخير هو لصاحب البيان، قال: وإن كان بلفظ الضمان وإن كان في عقد النكاح أو البيع فمذهب المدونة وابن حبيب وابن القاسم في العتبية أنه محمول على الحمل حتى يتبين أنه أراد الحمالة، وروي عن ابن القاسم أنه على الحمالة حتى يتبين أنه أراد الحمل، ولو ضمن بها الصداق بعد عقد النكاح أو الثمن بعد عقد البيع لحمل على الحمالة حتى ينص أنه أراد الحمل اتفاقاً. انتهى.

وعلل ابن يونس المنسوب للمدونة بأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحمل حتى ينص على الحمالة، وذكر أنه لا فرق بين أن تُنازع الزوجة الضامن أو ورثته، ثم إن كان بلفظ الحمل في عقد البيع أو النكاح لزم، ولم يفتقر إلى حيازة إلا على ما ذكر ابن العطار من الخلاف في النكاح، وذكر مثله في أصل عقد البيع.

واختلف إذا لفظ بذلك بعد عقد البيع أو النكاح؛ فعن ابن القاسم ومثله في الواضحة أنه يلزمه في الحياة ويسقط عنه بعد الوفاة كالهبة إذا لم تقبض. وقال ابن الماجشون: ذلك لازم له في الحياة وبعد الوفاة كالحمالة. قال: لأنها ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه من حقه.

اختلف كذلك في لفظ الضمان إذا لفظ به في عقد النكاح، وأما بعده أو في عقد البيع أو بعده فهو محمول على الحمالة. واختلف في الغريم المتحمل عنه على ما هو محمول، فقيل: على الملاء. وقيل: على العدم.

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ وتَعَذَّرَ أَخْذُهُ فَلَهَا مَنْعُ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَهُ

أي: فإن لم يدخل الزوج وتعذر أخذ الصداق من الحامل فللمرأة منع نفسها من الدخول حتى تقبض الصداق؛ لأنها دخلت على إتباع غير الزوج، لا على تسليم سلعتها بغير عوض، وهذا قول مالك وابن القاسم.

وهكذا الحكم في السلعة إذا بقيت بيد البائع حتى فلس الحامل، أو مات ولم يترك وفاءً، نص عليه أحمد بن خالد وخالفه أبو عمران، وقال: ليس للبائع أن يحبس السلعة لأن السلعة المبيعة بثمن إلى أجل لا تكون رهناً بالثمن المؤجل. هكذا قيل، والأقرب أنه ليس بخلاف بل كلام أبي عمران مخصوص بما إذا كان البيع إلى أجل، وكلام أحمد بن خالد بما إذا كان البيع نقداً، والله أعلم.

وقال اللخمي: إن كان الحمل برضاها لم يكن لها منع نفسها، لأنها تحولت بصداقها في ذمة الحامل، فإذا فرعنا على المذهب ومنعت الزوجة نفسها فدفع الزوج الصداق رجع به على الحامل.

بعض الموثقين: ولو أن المرأة أباحت نفسها حين أعدم الحامل ثم مات عن غير مال لم يكن لها قبل زوجها شيء، لأنها قد بذلت نفسها ورضيت بإسقاط الطلب عنه. وكما جعلوا للمرأة منع نفسها حتى تقبضه جعلوا للزوج الخيار بين دفع الصداق والدخول أو يفارق ولا شيء عليه، ولم يجبروه على دفعه وإن كان له مال.

فرع: فلو فارق الزوج ومات الحامل اتبعت المرأة تركته متى يطرأ له مال على قول مالك وابن القاسم. وعلى قول ابن نافع: لا شيء لها، ويعود ميراثاً. قاله ابن عبد السلام وغيره.

اللخمي: فلو كان صداقها مائة؛ النقد نصفُها، والمؤخر نصفُها، وخلف الحامل مالاً أخذت المرأة مائة لأن بالموت يحل المؤجل، فإن لم يخلف شيئاً فللزوج إذا أتى بالمعجل أن

يبني بها، وإن خلف خمسين أخذتها وكان للزوج أن يدخل بها إذا دفع خمسة وعشرين؛ لأن الخمسين المأخوذة نصفها للخمسين المؤخرة. قال: ويختلف إذا حاصصت المرأة الغرماء، ونابها من المائة خمسون، ثم فارقها الزوج هل ينتقص الحصاص الأول أم لا؟ فمن قال: إن الصداق وجب بالعقد لم ينتزع شيئاً، ومن قال: إنما يجب النصف، قال: عليها أن ترد نصف ما قبضته من المعجل، وهو خمسة وعشرون، ثم تضرب فيها هي والغرماء بما بقي لهم؛ لأنه قد تبين لهم أن دينها [٢٩٢/ أ] خمسون فقط، وإن كان جميع الصداق مؤجلاً كان للزوج أن يبني بها، ولم يكن لها أن تمنع نفسها كالمشهور فيما إذا حل ما على الزوج، لأنها دخلت هنا على أن تسلم وتتبع ذمة أخرى.

فَإِنْ ضَمِنَ فِي مَرَضِهِ فَوَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ، فَيَنْظُرُ وَصِيُّهُ فِي بَقَائِهِ وفَسْخِهِ، فَإِنْ صَحَّ لَزِمَهُ وَإِنْ ضَمِنَ لابْنَتِهِ فَوَصِيَّةٌ لأَجْنَبِيٍّ عَلَى الأَصَحِّ....

إذا كان الحامل مريضاً فلا يخلو إما أن يكون أبا الزوج، أو أبا الزوجة، أو أجنبياً، فإن كان أبا الزوج فلا يجوز حمله باتفاق، قاله في البيان؛ لأنه وارث ولا وصية لوارث، فإن مات الأب من مرضه نظر الابن إن كان كبيراً، أو وليه إن كان صغيراً، فإن رأى المصلحة له في النكاح أعطى النقد من ماله، وإلا فارق ولم يلزمه شيء، وإن صح الأب ثبت الحمل عليه، ولو دخل بها الابن في مرض أبيه ردت ما أخذته من مال الأب إن أخذت شيئاً وتتبع به الزوج، قاله مالك.

محمد: فإن لم يبق بيدها من ذلك ربع دينار منع منها حتى يدفع ربع دينار.

الباجي: يريد لأنها لما سلمت نفسها فليس لها الامتناع إلا لحق الشرع.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم في هذا الأصل - أعني هل يحال بينهما أو لا - قولين، وهذا كله مبني على صحة النكاح. وفي المدونة في هذا النكاح قولان: **الأول**: أن النكاح جائز.

والثاني: قال: لا يعجبني هذا النكاح. وحمله الأشياخ على أنه يرى فساد النكاح إن وقع، وأنه من الخيار في النكاح، إلا أنه خيار أوجبه الحكم. واختار اللَّخْمِيّ وغيره الأول، وعليه فرع ابن القاسم في المدونة بقوله: فإن صح الأب لزمه.

وأما إن كان الحامل أبا الزوجة ففي الموازية: النكاح صحيح غير مختلف فيه.

واختلف في الصداق، فلمالك روايتان: الأولى: أنها وصية للأجنبي فيجوز من ثلثه. رواها مطرف وابن الماجشون، وبها قال ابن الماجشون وابن وهب وابن القاسم في رواية أبي زيد.

ابن الماجشون: وهذا إذا كان الذي سمى لها وحمله عن زوجها صداق مثلها فأقل. قال في البيان: وأما إن كان أكثر فالزائد على المثل وصية لها، لا تجوز باتفاق إلا إذا أجازه الورثة، فإن لم يجيزوا ذلك كان الزوج مخيراً بين أن يخرجه من ماله، أو يترك النكاح ولا يلزمه شيء. وهذه هي التي قال المصنف أنها الأصح. والرواية الثانية أن حمله ذلك لا يجوز، لأن ذلك راجع إلى ابنته - رواها ابن القاسم، وبها قال أَشْهَب وأصبغ.

بعض الموثقين: وهو مذهب المدونة، وبه الحكم.

ومن هنا تعلم الحكم فيما إذا كان الزوج أجنبياً، أو قريباً لا يرث، أو كان زوجُ البنت وارثاً كابن أخيه، وهو: أن يصح في الأجنبي وغير الوارث، وتكون الوصية من الثلث، ويبطل إذا كان زوج البنت وارثاً لأنه كالابن في المسألة السابقة.

فرع مرتب: إذا قلنا بالرواية الأولى ففارق قبل البناء فقال مالك وابن الماجشون: لها النصف من ثلث أبيها ولا شيء للزوج من النصف الثاني.

ابن المواز: وهو الصواب. بعض الموثقين: وبه الحكم. وقال ابن دينار: لا شيء لها من تركة الأب لأنه إنما أعطى على أن تدخل بزوجها، فلما طلقها حكمنا في ذلك بحكم الوصية

للوارث. وناقض ابن المواز قول أَشْهَب هنا بأنها وصية للبنت بقوله فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق بنته ولم يدخل بها زوجها، ثم مات الأب فإنه إن ترك مالاً أخذ من ماله.

محمد: فلو كانت الأولى عطية لكانت مسألة الإقرار مثلها؛ لأنه إنما يخرج من ماله في المسألتين معاً.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يفرق بينهما بأن مسألة الضمان بُني الأمر فيها على المعروف، وظاهر الأمر فيها أن الأب لو لم يضمن لما تزوج الزوج ابنته؛ فالمنفعة عائدة فيها للبنت بخلاف الأخرى.

وَلَوْ تَزَوَّجَ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ وهُوَ يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ، فَفِيهَا: إِنْ أَجَازَهُ الْوَلِيُّ مَضَى كَبَيْعِهِ، وأَنْكَرَهُ سَحْنُونٌ، وقَالَ: لَيْسَ كَالْبَيْعِ، فَإِنْ رَدَّهُ فَلا مَهْرَ ولا عِدَّةَ وإِنْ وَطِئَ....

يعني: وإن عقد الصبي على نفسه بغير إذن وليه، وقوله: (**وهُوَ يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ**) كذا ذكره في المدونة في فرض المسألة، ثم أجاب بأنه يجوز إن أجازه الولي قياساً على بيعه وشرائه، وأن للولي إمضاؤه، ورأى سحنون أنه ليس كالبيع، وأنه لا بد من فسخه؛ لأن الصبي لا منفعة له في النكاح في الحال بخلاف البيع. وفيه نظر؛ لأن ابن القاسم لا يسلم عدم المنفعة بالنكاح في الحال، ألا ترى أن للأب والوصي أن يجبراه على النكاح، وكان المصنف نسبها للمدونة؛ لأنه لما ذكر قوله: (**وهُوَ يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ**) في السؤال كان ظاهره اشتراط ذلك، ولا يظهر له كبير فائدة، والأظهر أنه ذكره تنبيهاً بالأشد؛ لأنه إذا لم يلزمه مهر مع كونه يقوى على الجماع فأحرى إذا لم يقو عليه.

قوله: (**فَلا مَهْرَ**): لأنه سلطته وأولياؤها.

(**ولا عِدَّةَ**) لأن وطئه كالعدم. **ابن المواز**: إذا لم يرد نكاح الصبي حتى كبر وخرج عن الولاية جاز النكاح.

ابن راشد: وينبغي أن ينتقل النظر في ذلك إليه فيمضي أو يرد. وهذه المسألة يدخلها الخيار الحكمي، فانظر هل يجري فيها ما تقدم؟

وَلَوْ شَرَطَ عَلَيْهِ شُرُوطاً مِنْ [٢٩٢/ب] طَلاقٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ نَحْوِهِ، فَبَلَغَ فَكَرِهَهَا فَفِي خِيَارِهِ فِي الْفَسْخِ أَوْ لُزُومِهِ قَوْلانِ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهُ وَلِيُّهُ

يعني: إذا تزوج الصغير لنفسه فشرط عليه ولي المرأة شروطاً من طلاق من يتزوجها، أو عتق من يتسرى بها أو نحو ذلك، فأجاز ذلك وليه على تلك الشروط ثم بلغ، فإن أقر الشروط فواضح، وإن كرهها فهل يلزمه أو لا قولان. والقولان أيضاً فيما إذا زوجه أبوه أو وصيه بتلك الشروط، وهو معنى قوله: (**كَمَا لَوْ زَوَّجَهُ وَلِيُّهُ**). والقول باللزوم لابن وهب في العتبية، وبعدمه لابن القاسم في الموازية، وعلى عدم اللزوم فهل تسقط عنه مطلقاً؟ وهو قول ابن العطار، أو يخير في التزامها فيثبت النكاح- أو عدم التزامها فيفسخ النكاح؟ وهو قول ابن القاسم، وإذا انفسخ فهل بطلاق؟

الباجي: وهو ظاهر قول ابن القاسم. أو بغير طلاق؟ وهو ظاهر قول أصبغ. وعلى الطَّلاق فهل عليه نصف الصداق؟ وهو قول ابن القاسم في الكتاب، أو لا وهو قوله في المجالس؟

بعض الموثقين: وعلى الأول العمل، وقال بعضهم: العمل على الثاني.

ثم الفسخ بطلاق أو غيره إنما هو إذا تمسكت المرأة بشرطها، وأما إن رضيت بإسقاطه فلا كلام لأبيها ولو كانت محجوراً عليها. ورأى ابن العطار أن ذلك في الحجر للأب، واختار الأول ابن الفخار، واحتج بقول مالك في البكر يشترط لها زوجُها ألا يخرجها إلا برضاها، فرضيت بترك شرطها أن ذلك جائز ولو كره الأب. ولو فارق قبل علمه بالشروط، فقال محمد: يلزمه نصف الصداق. يريد لأنه لم يفارق لأجل الشروط. وروي عن ابن القاسم: لا شيء عليه. وقد اختلف في هذا الأصل وهو: من طلق ثم علم بعيب هل يرجع بالصداق أم لا؟ وإذا اختلفا فقال الزوج للمرأة: عقدت بالشروط، وأنا

صغير. وقالت الزوجة أو الولي: عقدت وأنت كبير. فقال ابن القاسم في العتبية: على الزوج البينة، وإلا حلف الولي. ووجهه أن النكاح متفق على انعقاده، فمن ادعى ما يوجب حله فهو مدع. وهذا كله إذا لم يحصل الدخول، فإن دخل فإما أن يكون قبل البلوغ أو بعده، فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشروط إن علم بها.

ابن القاسم: ولو ادعى أنه لم يعلم بها فالقول قوله مع يمينه. وقال ابن العطار: لا يقبل قوله في ذلك وتلزمه بدخوله.

وأما إن دخل قبل البلوغ، فذكر المتيطي وغيره أن الشروط تسقط عنه وإن علم بها؛ لأن المرأة مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط. وقال ابن بشير: لو دخل الصبي وقد بلغ وهو عالم بالشروط، فهل تلزمه أو لا؟ قولان: **أحدهما**: لا تلزمه، وهذا على القول بسقوط الشروط. **والثاني**: تلزمه، وهذا على القول بأنه مخير.

فإذا دخل مع العلم فهو التزام لما شرط عليه، وإن دخل قبل العلم فثلاثة أقوال: **أحدها**: تلزمه، وهذا بناء على أن الشرط لازم. **والثاني**: لا تلزمه، وهذا بناء على سقوط الشرط. **والثالث**: يخير الآن، وهذا بناء على التخيير.

وَلَوْ تَزَوَّجَ السَّفِيهُ فَلِلْوَلِيِّ فَسْخُهُ وَيَسْقُطُ الصَّدَاقُ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَثَلاثَةٌ: رُبُعُ دِينَارٍ، واعْتِبَارُ حَالِهَا، والسُّقُوطُ....

يعني: بغير إذن وليه، فللولي فسخه وإمضاؤه. وفهم من كلام المصنف أن للولي إمضاؤه من قوله: (**فَلِلْوَلِيِّ فَسْخُهُ**) لأنه إذا كان له فسخه فله إمضاؤه؛ فإن قيل: فَلِمَ لَمْ يقل (للولي إمضاؤه) ؟ قيل: لأن ما ذكره من سقوط الصداق إنما ينبني على الفسخ، وهو معنى قوله: (**فَيَسْقُطُ الصَّدَاقُ**) أي: بالفسخ قبل البناء. واختلف إذا دخل بها وهو مراده بقوله: (**فَإِنْ أَصَابَهَا**) على ثلاثة أقوال. والقول بربع دينار لمالك وأكثر أصحابه، وبه أخذ ابن القاسم.

ابن يونس وغيره: وهو الجاري على مذهب المدونة، كالعبد يتزوج ويبني بغير إذن سيده. والقول بالسقوط لابن الماجشون.

ابن حبيب: وهو القياس. وقول مالك استحسان. والقول باعتبار حالها وقع في المذهب عبارات، ذهب ابن بشير والمؤلف إلى أنها راجعة إليه، وذهب الباجي واللخمي وابن يونس وغيرهم إلى حملها على الخلاف.

قال مالك: يترك لها مثل ما يستحل به مثلها. ولم يحده. وقال مالك أيضاً وابن القاسم في الدنية: يترك لها ربع دينار ولذات القدر أكثر من ذلك. وقال ابن القاسم في المدنية: يترك لها من المائة ثلاثة دنانير أو أربعة. وقال ابن نافع: عشرة. وقيل: تعاض بما هو دون صداقها، ولا يبلغ صداقها تاماً.

ابن المواز والقاضي إسماعيل: فإن لم يعلم الولي بنكاحه حتى خرج من الولاية فإنه يثبت النكاح. وقال بعض القرويين: ينتقل إليه ما كان بيد الوصي من النظر فيمضيه إن رآه صواباً.

وَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ حَتَّى مَاتَتْ فَإِنْ أَجَازَهُ ثَبَتَ الْمِيرَاثُ وَالصَّدَاقُ وَإِلا فَلا. وعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: يَتَوَارَثَانِ ويَثْبُتُ الصَّدَاقُ لِفَوَاتِ النَّظَرِ، وعنه خلافه

الضمير في (**مَاتَتْ**) عائد على الزوجة؛ أي: إذا لم يعلم الولي بنكاح السفيه حتى ماتت الزوجة فإن وليه ينظر في ذلك، فإن رأى الأصلح له إجازة النكاح، بإن كان ميراثه أكثر من الصداق أجازه ودفع الصداق وأخذ الميراث. [٢٩٣/ أ] وهذا لابن القاسم، ونصه في العتبية: أصبغ: سئل ابن القاسم عن السفيه ينكح بغير إذن وليه ثم ماتا أيتوارثان؟ فقال: إن مات هو: فلا ترثه، وإن ماتت هي فالنظر إلى وليه، إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ له الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده. وقاله سحنون، وذكره الباجي عن ابن القاسم في الموازية، وعن ابن الماجشون ومطرف وابن حبيب، وابن يونس.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان، ويمضي الصداق؛ لأن النظر للسفيه قد فات بالموت، وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا. وهو معنى قوله **(وعنه خلافه)** يعني: كالقول الأول من كلام المصنف.

وبهذا تعلم بأن قول ابن عبد السلام: الضمير في **(عنه)** عائد على أصبغ؛ ليس بظاهر؛ لأن أصبغ لم يتقدم له ذكر.

قوله **(يَتَوَارَثَانِ)** أي: سواء ماتت الزوجة أو الزوج؛ لأن الموارثة إنما تتم من الجانبين. ويقع في بعض النسخ (مات) على التذكير، فيحتمل أن يعود على الزوج، ويحتمل أن يعود على أحد الزوجين، وعوده على الزوج ليس بجيد لأنه إذا مات كان النظر في حقه عدم إجازة نكاحه، لأن إجازته توجب في ماله الصداق والميراث من غير فائدة له ولا لورثته.

ابن عبد السلام: وأيضاً فالمشهور: لا شيء لها. وأشار بالمشهور إلى قول ابن القاسم في العتبية الذي قدمناه، ومقابل المشهور هو القول بتوارثهما. وعوده على أحدهما يلزم منه ما لزم في الأول، وعلى هذا يكون فيما إذا مات أو ماتت، قولان. أما إذا ماتت فكما قال ابن عبد السلام أن المشهور لا شيء لها. وأما إذا ماتت، فقيل: ينظر وليه. وقيل: يرثها. الباجي: وقيل: معنى قوله: **(لِفَوَاتِ النَّظَرِ)** أن النظر في ماله إنما هو لحقه، وذلك يختص بحال حياته، ولذلك جازت وصيته ولم تجز هبته. وروى ابن المواز عن أصبغ: ترثه، وينظر الولي فإن رآه مما كان صلاحاً يجيزه فلها الصداق وإلا فلها الميراث دون الصداق، وإن بنى بها فلها ربع دينار. فرأى أصبغ أن النظر إنما يتعلق بالصداق خاصة، وأما الميراث فحكم من أحكام النكاح، والنكاح قد تم بينهما بالموت، وفات النظر فيه. وحصل في البيان في هذه المسألة ثمانية أقوال: **الأول**: ما ذكره أولاً عن العتبية.

والثاني: أنهما يتوارثان ويمضي الصداق على القول بأن النكاح محمول على الإجازة حتى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت من مات منهما حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

والثالث: أنهما لا يتوارثان ويبطل الصداق إلا أن يكون أصابها فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج، على القول بأن النكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما.

والرابع: الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إلا أن يكون قد دخل بها فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج على القول بأن النكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما. وهو قول ابن القاسم.

والخامس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف، وينظر في النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي يوم وقع أجازه كان لها الصداق، ثم إن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج، وهو قول أصبغ في الخمسة.

والسادس: أن الميراث بينهما مراعاة للخلاف، ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة، فإن كان غبطة كان لها الصداق، وإن لم يكن نكاح غبطة بطل الصداق إلا أن يكون الزوج قد دخل بها، فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج. وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الرد حتى يجاز، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج لا بموت الزوجة.

والسابع: أن الميراث بينهما ثابت مراعاة للخلاف ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكرنا في القول الذي قبل هذا، وهذا يتخرج على القول بأنه على الجواز حتى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج لا بموت الزوجة.

والثامن: أنه ينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازه كان الميراث بينهما، ووجب لها الصداق، وإن كان على غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج.

فَلَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ وَالْمُكَاتَبُ وشِبْهُهُمَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَلَهُ وَلِوَرَثَتِهِ فَسْخُهُ بِطَلْقَةٍ بَائِنَةٍ، وقِيلَ: وَبِالْبَتَّاتِ طَلْقَتَيْنِ...

فهم من قوله (**فَلَهُ... فَسْخُهُ**) أن له إمضاءه، وهو المشهور. وقال أبو الفرج: القياس الفسخ؛ لأنه نكاح فيه خيار. وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرطي أم لا؟ **الباجي**: وقول أبي الفرج عندي هو الصحيح. وانظر هل يتخرج هذا القول في السفيه؟ وعلى المشهور فالفسخ بطلاق لصحته، وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق، قاله اللَّخْمِيّ. وشبه العبد والمكاتب والمدبر والمعتق بعضه، والمعتق إلى أجل.

اللخمي: وعلى الطَّلاق. فحمله عند [٢٩٣/ ب] مالك إن لم ينو عدداً على واحدة. واختلف قوله: إذا طلقها طلقتين. فقال مرة: ذلك له. وقال مرة: لا يلزمه إلا واحدة؛ لأن الواحدة تُبينها وتفرِّغ له عبده، وهو أحسن؛ لأن الواحدة تزيل ضرر السيد. واستحسن أن تكون له الرجعة إن عتق في العدة. انتهى.

وذكر ابن يونس أن أكثر الرواة رووا لزوم واحدة فقط، قال غيره: وهو اختيار الجمهور. ولهذا قدمه المصنف. ودلت الواو من قوله: (**وقِيلَ: وَبِالْبَتَّاتِ**) على أن هذا القائل لا يحصره في الاثنتين، وهو كذلك.

وَإِنْ أَجَازَهُ بَعْدَ أَنِ امْتَنَعَ ولَمْ يُرِدِ الْفَسْخَ جَازَ إِنْ كَانَ قَرِيباً

نحوه في المدونة، ففيها: وإن كلم السيد في إجازته فامتنع أن يجيب ثم أجاز فإن أراد بأول قوله فسخاً تم الفسخ، وإن أراد أنه لم يرض ثم أجاز فذلك جائز إن كان قريباً.

وهذا الكلام وإن ذكر في المدونة في العبد فالمكاتب ونحوه كذلك. وأسقط المصنف قوله: كلم في إجازته؛ لأنه وصف طردي. واشترط القرب لأن عدم الرضا واستدامة ذلك حتى يطول قرينة في الفسخ.

ابن القاسم: ويصدق بأنه لم يرد الطَّلاق في المجلس، ما لم يتهم. قال بعضهم: يريد ما لم يطل.

ابن المواز: وإن شك السيد على أي وجه خرج منه فهو فراق واقع. زاد ابن محرز بعد قوله فراق بالبتات: وهو احتياط، كمن تيقن بالطلاق وشك في العدد.

ابن المواز: وإن قال: لا أجيزه اليوم أو لا أجيزه حتى أنظر فهو غير عازم على الطلاق. وأما إذا قال: لا أجيزه؛ فذكر مثل قول ابن القاسم، وزاد: إلا أن يفترقوا على قوله: لا أجيزه؛ فيكون فراقاً ما لم يبين فيقول: اليوم أو حتى أنظر؛ فيكون ذلك وإن افترقوا، إلا أن يستمتع العبد بزوجته بعد علم السيد بنكاحه، وكان السيد يقدر على منعه فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأنه قد تمتع بإذن سيده أو ما يقوم مقام إذنه من التمكين. وخالف المغيرة ابن القاسم، فجعل امتناع السيد فسخاً، ورأى ابن القاسم أن الامتناع من الإجازة أعم من إرادة الفسخ إلا بعد الطول.

فَإِنْ بَنَى بِهَا تَرَكَ لَهَا رُبُعَ دِينَارٍ

أي: فإن دخل العبد والمكاتب ثم علم السيد ففسخه فلها ربع دينار، وهذا مذهب المدونة. وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئاً. وقد تقدم نكاح السفيه بغير إذن وليه.

ابن عبد السلام: والفقه فيهما قريب.

وَتَتْبَعُهُ بِالْبَاقِي إِنْ أُعْتِقَ إِلا أَنْ يُسْقِطَهُ السَّيِّدُ أَوِ السُّلْطَانُ قَبْلَ عِتْقِهِ كَالدَّيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ...

أي: وتتبع الزوجة العبد بما بقي لها من الصداق إذا عتق. قال في المدونة: وكذلك إذا أدى المكاتب، وهذا بخلاف السفيه فإنه لا يتبع بالباقي إذا فك الحجر عنه. قال في

الجلاب: لأن العبد إنما حجر عليه من أجل سيده، فإذا أعتقه سيده سقط حقه وزال حجره، والسفيه حجر عليه من أجل نفسه، فإذا فك حجره لم يتبع بشيء مما استدانه في حال حجره؛ لأنه لو ثبت ذلك عليه لم ينفع الحجر شيئاً. واختلف الشيوخ هنا هل يتبع العبد والمكاتب بعد العتق سواء غرَّا أو لا؟ وقال أبو عمران: إنما يتبعان إذا غرَّاها، وأما إن أخبرها كل واحد بحاله فقال لها العبد: أنا عبد. وقال لها المكاتب: أنا مكاتب؛ فلا يتبعان. وعليه اقتصر المتيطي، وعليه اختصر المدونة ابن أبي زمنين وابن أبي زيد والبرادعي. وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن، وصاحب النكت، وغيرهما: يتبع العبد مطلقاً سواء غرّ أو لم يغرّ، إلا أن يسقط ذلك السيد من ذمته، وأما المكاتب فإن لم يغرها اتبع إلا أن يسقط ذلك السيد من ذمته؛ وإن غرها فيوقف الأمر، فإن عجز كان كالعبد له أن يسقطه عنه، وإن أدى فهو عليه وليس للسيد أن يسقطه.

وقال ابن الكاتب: إن لم يغر يحتمل ألا يسقط عنه إلا بإسقاط السيد، وأما إن غر فلا يختلف أن ذلك عليه ولا يسقط.

وقوله: (**إِلا أَنْ يُسْقِطَهُ السَّيِّدُ**) إنما كان للسيد الإسقاط؛ لأن بقاء الدين في ذمة العبد عيب، فكان للسيد إسقاطه.

ابن عبد السلام: وذكر بعضهم أنه إذا غرها العبد، هل يصح إسقاط السيد أم لا؟

قوله: (**أَوِ السُّلْطَانُ**) نحوه في المدونة، ولعل معناه أن السيد طلب من السلطان أن يسقطه عن العبد. وفهم أبو الحسن المدونة على أن معناها: في الغائب؛ لأن السلطان يذب عن مال الغائب.

فَلَوْ عُتِقَ أَوْ بَاعَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ مَضَى، فَإِنْ رَدَّهُ بِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ

يعني: فإن أعتق السيد عبده المتزوج بغير إذنه قبل علمه بالتزويج مضى النكاح، ولأن حق السيد قد زال.

وأما إذا باعه فقال المصنف (**مَضَى**) أي: لا فسخ له حينئذ؛ لأنه قد صار في ملك غيره، ويقال للمشتري: إن كنت علمت بالتزويج فهو عيب دخلت عليه، وإلا فلك الرد. فإن تمسك فواضح، وإن رد كان للبائع الفسخ، وهو معنى قوله: (**فَإِنْ رُدَّهُ بِهِ فَلَهُ الْفَسْخُ**) أي: فإن رد العبد بعيب التزويج فللبائع الفسخ، وفي بعض النسخ: فإن رده فله الفسخ؛ أي: فإن رد المشتري العبد بسبب عيب التزويج فللبائع فسخ النكاح، فالضمير في (**فَلَهُ**) عائد على البائع، والهاء في (**رُدَّهُ**) عائد على العبد، وضمير الفاعل [٢٩٤/أ] المستتر في (**رُدَّهُ**) عائد على المشتري. وفي بعض النسخ: (فسخه)؛ أي: فسخ النكاح. وفي كلام ابن عبد السلام نظر.

وخرج ابن محرز قولاً بعدم بطلان حق البائع من الفسخ إذا باعه قبل علمه بالنكاح على القول بأن من باع شقصاً وجبت له به الشفعة قبل علمه ببيع الشريك أن حقه في الشفعة باق. ورده ابن بشير بأن الشفعة حق مختلف في سببه، فهل هو رفع الضرر عن الشريك؟ أو هو محض تعبد؟ فلعل القائل لم يتحد لاحتمال أن يكون القائل ببقاء حق الشريك في الشفعة بعد بيعه يرى ذلك تعبداً. ومسألة العبد معللة بالضرر، فلا يمكن قياسها على التعبد. ورده ابن عبد السلام بأن القائلين بعدم سقوط الأخذ بالشفعة إذا باع نصيبه اختلفوا هل يشترط عدم علمه ببيع شريكه إلى حين بيعه هو نصيبه أو لا يشترط ذلك؟ قال: فمن يشترط عدم العلم فهو كالنص منه على تعليل الشفعة بالضرر، ويلزم منه صحة التخريج المذكور. وقوله: (**قَبْلَ عِلْمِهِ**) مفهومه أنه لو باعه بعد علمه لكان دليلاً على الرضا، فليس له الفسخ إذا رد عليه، وهكذا قال القرويون. وذكر بعض الأندلسيين قولاً أن ذلك لا يسقط حق البائع في النكاح، ولا إشكال أن المشتري لا حق له في فسخ النكاح. نص عليه ابن الجلاب وغيره.

وقال بعضهم: يدخل في ذلك الخلاف من الخلاف فيمن أحدث عليه في ملكه ضرر فباعه بعد علمه بالضرر، هل يكون للمشتري قياماً على محدثه؟ فقيل: ينتقل للمشتري ما كان للبائع. وقيل: لا ينتقل؛ لأن بيعه بعد علمه رضا. وقيل: إن كان بيعه بعد أن خاصم فإن للمشتري القيام؛ لأن خصومته تدل على عدم رضاه به، وإن لم يخاصم فلا قيام للمشتري، ولو رضي المشتري بعيب النكاح، ثم اطَّلع على عيب قديم فله أن يرد بما اطلع عليه، وهل يرد أرش عيب النكاح لأنه بإقراره يثبت فيصير كأنه فعله؟ أو ليس عليه ذلك؟ وليس الإقرار كالابتداء، حكى ابن بشير عن المتأخرين في ذلك قولين. وخرجها أبو بكر بن عبد الرحمن على الخلاف في الرد بالعيب هل هو فسخ له من أصله أم لا؟ وكذلك اختلف المتأخرون لو لم يعلم المشتري حتى أعتق هل له قيمة العيب على البائع كسائر العيوب إذا اطلع عليها بعد العتق؟ أو لا يرجع بشيء إذا فوت على السيد الأول رد النكاح؟

وَلِلْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ التَّسَرِّي فِي مَالِهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ

أي: المأذون له في التجارة. وقوله (**فِي مَالِهِمَا**) احتراز من مال السيد، فإنه لا يتسرى فيه لأنه حينئذ كالوكيل. قاله مالك في المختصر. وما حكاه المصنف أن للعبد المأذون التسري، وإن لم يأذن له سيده هو المشهور، وحكى أبو الحسن قولاً بأنه ليس له ذلك إلا بإذن السيد.

وَالْمَهْرُ والنَّفَقَةُ عَلَى الْعَبْدِ فِي مَالِهِ مِمَّا لَيْسَ بِخَرَاجِهِ وَلا كَسْبِهِ، ولا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً لِلْمَهْرِ بِمُجَرَّدِ الإِذْنِ...

يعني: ونفقة الزوجة ومهرها يحسبان على العبد مما يوهب له أو يوصى له به لا من خراجه ولا مما أبقاه سيده بيده. قاله علماؤنا. وهذا ما لم تجر عادة بخلافه، فإن جرت عادة

بالنفقة من الخراج أنفق عليها منه. فقوله: (**عَلَى الْعَبْدِ**) يتعلق بمحذوف كما قدرنا؛ لأنه خبر، والخبر يجب تعلقه بمحذوف، قال في المدونة: ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ولا نفقة لها من كسبه وعمله، وذلك إلى سيده، فإن لم يجد غيره فرق بينهما، إلا أن يتطوع السيد بالنفقة، ولا يباع العبد في نفقة زوجته. ولا فرق بين عبد الخراج وغيره، ولو فضل بعد الخراج شيء؛ لأن الفاضل مال لسيده، إلا أن يأذن في ذلك السيد أو تكون العادة النفقة منه.وقال محمد: إن عجز عن النفقة، وعليه خراج لسيده فلا شيء لها حتى يبدأ بخراج سيده، فجعل الإنفاق من فاضل الخراج، فيحتمل أن يكون ذلك خلافاً ويحتمل أن يكون ذلك عادتهم. قاله اللَّخْمِيّ وغيره.

وقوله (**وَلا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِناً.... إلخ**) أي: في التزويج؛ لأن العبد هو المتولي للشراء فيكون الثمن عليه.

اللخمي: والمدبر والمعتق إلى أجل كالعبد، والمكاتب كالحر؛ لأنه بان عن سيده بماله، فإن عجز طلق عليه، والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصه كالحر، وفي اليوم الذي يخص سيده بمنزلة العبد.

وَمَنْ زَوَّجَ ابْنَهُ الْبَالِغَ أَوْ أَجْنَبِيّاً حَاضِراً أَوْ غَائِباً، فَقَالَ: مَا أَمَرْتُهُ. حَلَفَ، وسَقَطَ الصَّدَاقُ عَنْهُمَا. فَإِنْ نَكَلَ فَقِيلَ: يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ. وقِيلَ: لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ. وقِيلَ: تُطَلَّقُ عَلَيْهِ ويَلْزَمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ....

يعني: أن الأب إذا زوج ابنه المالك لأمره، أو أجنبياً سواءً كانا حاضرين أو غائبين، ثم أنكرا بعد علمهما، وقالا: ما أمرناه ولا نرضى الآن بالتزويج. فقال المصنف: (**حَلَفَ**) أي: الابن أو الأجنبي ما أمرناه. (**وسَقَطَ الصَّدَاقُ عَنْهُمَا**) أي: عن الأب والأجنبي، وكذلك نص في المدونة على اليمين في حق الحاضر. وحملها ابن يونس على إطلاقها، وأنه

إن نكل الحاضر يلزمه النكاح، فإن شاء طلق وأدى الصداق، وإن شاء ثبت عليه. واستدل على ذلك بما وقع لابن القاسم في العتبية: إذا زوج الولي وليته فأنكرت المرأة أن تكون رضيت، فقال: إن كان الإشهاد في المسجد حيث يرى أنها لم تعلم فلا يمين عليها، وإن كان الإشهاد ظاهراً أو إطعام الوليمة في دارها، وحيث يرى أنها عالمة [٢٩٤/ ب] فأرى أن تحلف بالله ما وكلته ولا فوضت إليه ذلك، ولا ظننت أن ذلك اللعب وذلك الإطعام الذي صنع إلا لغيري، ثم لا شيء عليها، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح.

ابن يونس: وكذلك مسألة الابن. وقيدها صاحب النكت واللخمي بما إذا سكت بعد عقد النكاح، قالا: ولو قال عند عقد النكاح: لم أرض. لم تكن عليه يمين، قالا: ولو طال سكوته بعد عقد النكاح. زاد اللخمي: وقبل التهنئة على جري العادة لزمه النكاح.

اللخمي: ويغرم نصف الصداق ولا يمكن منها لإقراره أنها غير زوجته.

صاحب النكت: وعرضته على بعض شيوخنا فصوبه.

خليل: وينبغي على هذا أن الغائب إن أنكر بمجرد حضوره أن تسقط عنه اليمين، وإن علم وطال لا يقبل منه الإنكار، والله أعلم؛ لأنه بعد حضوره كالحاضر. وأنكر سحنون تعلق اليمين بالزوج، ورآها ساقطة عنه. وقوله (**فَإِنْ نَكَلَ فَقِيلَ: يَلْزَمُهُ النِّكَاحُ**) هو كما قال ابن يونس، وحكاه صاحب اللباب عن ابن القاسم. وقيل: لا يلزمه شيء. وهو قول أبي محمد، وعليه فاليمين إنما هي استظهار، لعله أن يقر. وصوبه أبو عمران؛ لأنه أقر أنه ليس بعقد. وقيل: تطلق عليه، ويلزمه الصداق.

ابن راشد: وجعل هذا القائل نكوله طلاقاً، وهذا القول حكاه ابن سعدون عن بعض شيوخه، وحكي في المتيطية عن ابن القاسم أنه إنما تلزمه اليمين إذا ادعى

أبو الصبية أن مخبراً أخبره أن الابن أمر أباه أن يزوجه، فإذا حلف برئ، وإذا نكل حلف الأب ولزمه النكاح.

ابن عبد السلام: وقيل: إن لم يكن إلا مجرد الدعوى لم تتوجه اليمين، فإن كان ثم سبب تقوى معه الدعوى توجهت.

تنبيه:

قولنا في فرض المسألة: (ابنه المالك لأمره) هكذا فرض في المدونة المسألة، وأقاموا منه أنه لو كان سفيهاً لزمه النكاح، فيؤخذ منه جبر السفيه على النكاح. واعلم أنه زاد في المدونة بعد قول الزوج: ما أمرته ولا أرضى، ثم قال: صدق مع يمينه. وظاهره أنه يحلف على نفي الأمر والرضا والحلف على نفي الأمر يمين تحقيق، وعلى نفي الرضا يمين تهمة، ولا شك أن الابن إذا رضي يدخله الخلاف الذي في النكاح الموقوف، وينبغي أن تقيد المسألة بما إذا لم يقل الأب أن الابن وكلني أن أعقد، والابن حاضر في المجلس، وإلا فإن قال ذلك، وأنكر الابن فإنكاره كالعزل عن الوكالة.

بعض الشيوخ: ويحتمل أن يقال: تلزمه اليمين على الوكالة، وأما إذا افترقا والحالة هذه لزمه النكاح، وهو ظاهر.

وَالْكَفَاءَةُ حَقٌّ لها ولِلأَوْلِيَاءِ، فَإِذَا تَرَكُوهَا جَازَ إِلا الإِسْلامَ

يعني: أن الكفاءة مركبة من قيود كما سيأتي، منها ما هو حق لله فلا يجوز تركه، ومنها ما هو حق للمرأة ولأوليائها، فإذا تركوها جاز.

فقوله: (**إِلا الإِسْلامَ**) مستثنى من قوله (**حَقٌّ لها ولِلأَوْلِيَاءِ**). **ابن هارون**: إلا الإسلام، فإنه ليس حقاً لهم بل لله عز وجل. ويمكن أن يكون قوله (**إِلا الإِسْلامَ**) مستثنى من قوله

(فَإِذَا تَرَكُوهَا جَازَ إِلا الإِسْلامَ) ويؤخذ من لازم كلامه أن الإسلام حق لله؛ لأنه لو كان حقاً لهم لجاز تركه مع الرضا، لأنه من له حق فله إسقاطه، والتقدير الأول أولى، ولو رضيت المرأة بغير كفءٍ وليس لها ولي، فقال ابن راشد: الذي عليه عمل القضاة أنهم لا يزوجونها حتى تثبت الكفاءة، وإن كانت ثيباً فلا يطلبها الحاكم بإثباتها. وقيل: لا بد من الإثبات. وبه أخذ الباجي.

ابن أبي زمنين: وشاهدت بعض أشياخنا يذاكره بذلك ويحتج عليه بأنها مالكة لأمرها ناظرة في مصالحها، فقال: وإن كانت كذلك فلا يلزمني أن أعينها على ذلك.

* * *

انتهى المجلد الثالث

من كتاب التوضيح

للشيخ خليل بن إسحاق الجندي

ويليه المجلد الرابع وأوله

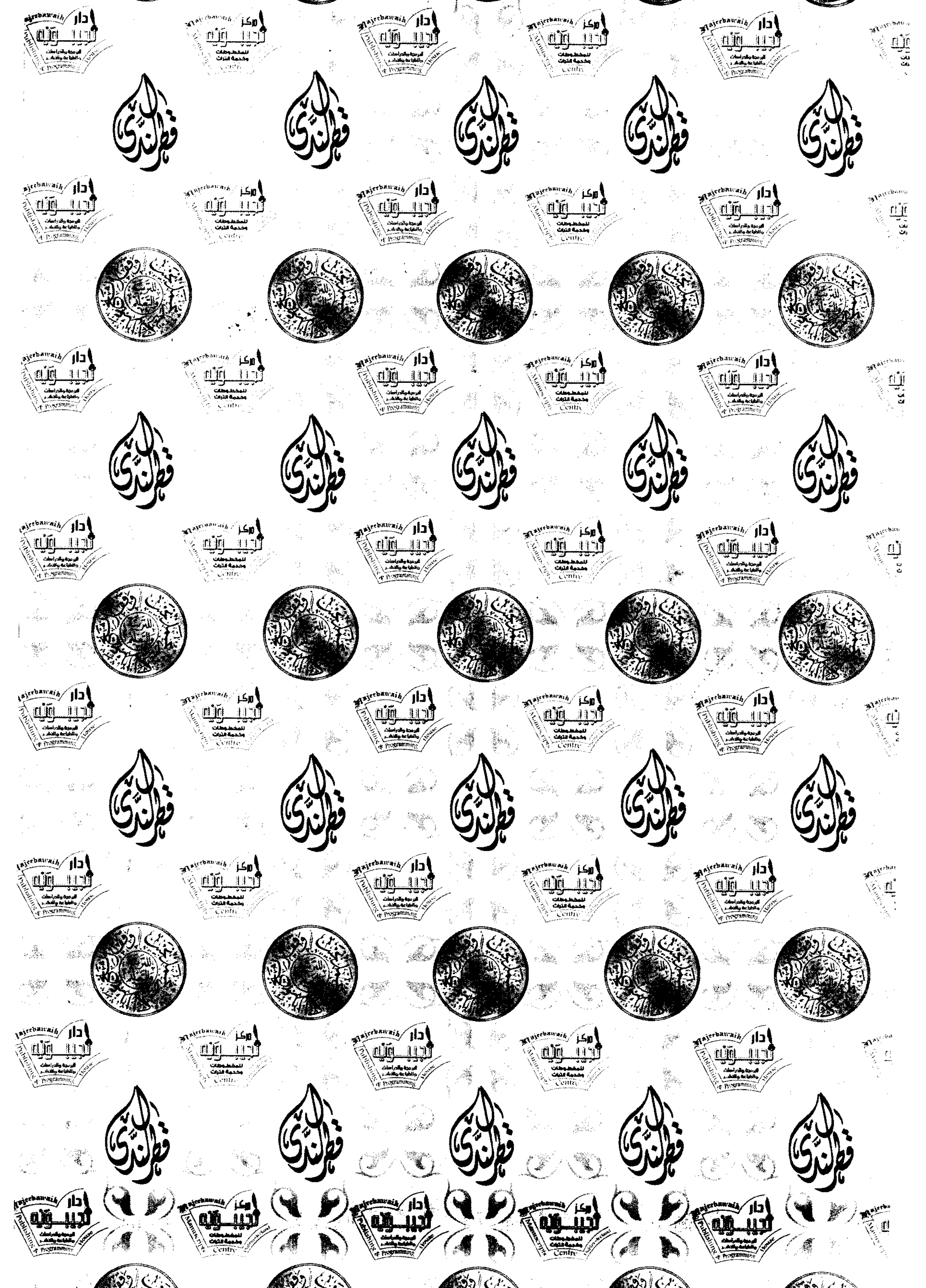
وَالنَّظَرُ في الدِّينِ، والحُرِّيَّةِ، والنَّسَبِ، والْقَدْرِ

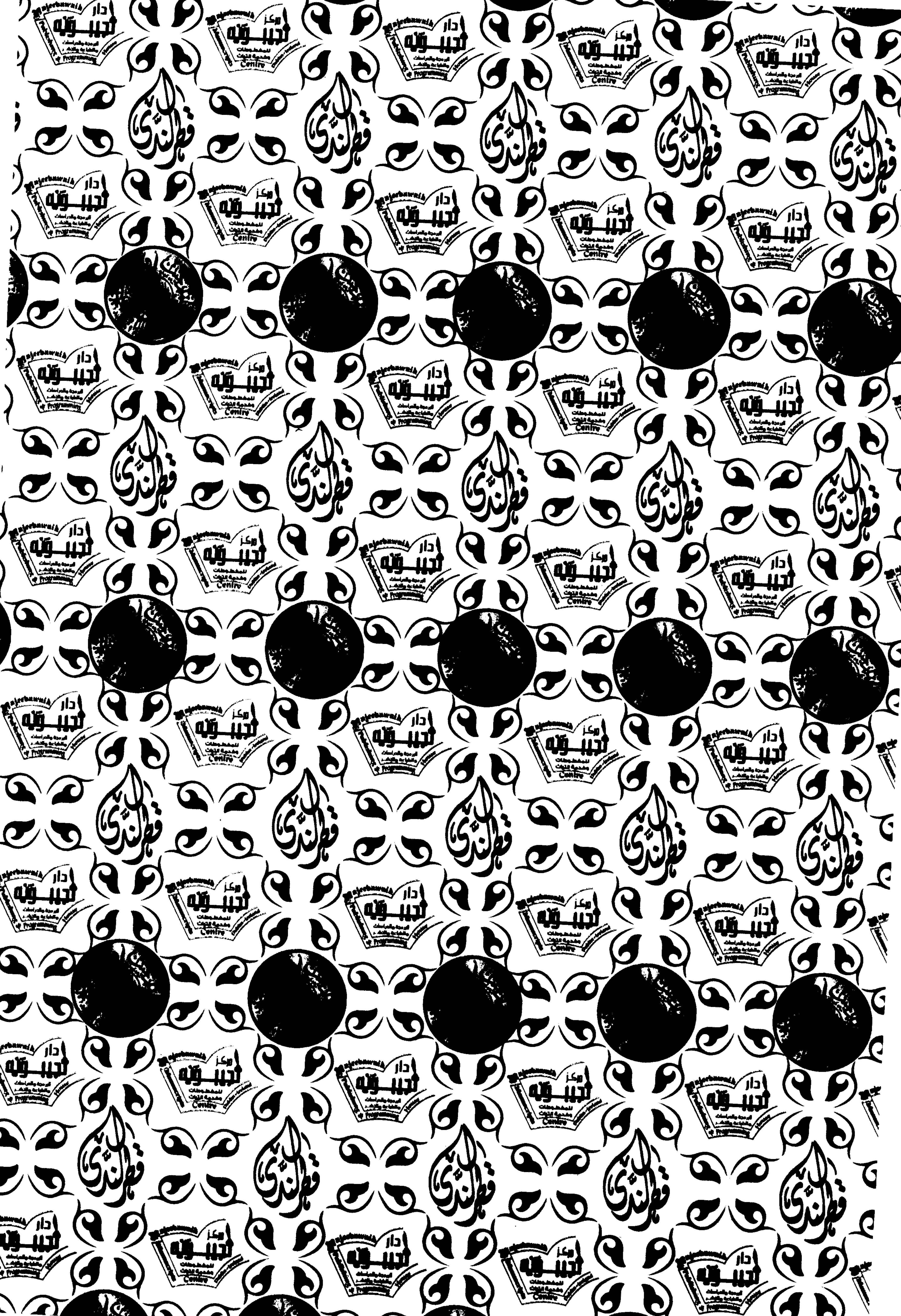
فهرس المجلد الثالث



* فهرس موضوعات المجلد الثالث *






قطر الندى
دار
مركز
نجيبويه
Centre